

THÈSE DE
NANCY.
18
N^o.

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

DROIT ROMAIN

DE LA

BONORUM VENDITIO

DROIT FRANÇAIS

DU

SECRET PROFESSIONNEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Louis SADOUL

Avocat à la Cour d'Appel de Nancy

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1894

THÈSE DE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT

Doyen : M. LEDERLIN, ✱, I ✱.

Doyen honoraire : M. JALABERT ✱, I ✱.

MM. LEDERLIN ✱, I ✱, Professeur de Droit romain, Chargé du cours de Pandectes, et du cours de Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières.

LOMBARD (Ad). ✱, I ✱, Professeur de Droit commercial, et Chargé du cours de Droit international public.

LIÉGEOIS, I ✱, Professeur de Droit administratif, et Chargé du cours de Législation industrielle.

BLONDEL, I ✱, Professeur du Code civil, et Chargé du cours de Droit constitutionnel. (Doctorat).

BINET, I ✱, Professeur de Code civil, et Chargé du cours d'Enregistrement.

LOMBARD (P.), ✱, Professeur du Code civil.

GARNIER, I ✱, Professeur d'Économie politique, et Chargé du cours de Législation financière.

MAY, I ✱, Professeur du droit romain et chargé du cours de Pandectes.

GARDEIL, I ✱, Professeur de Droit criminel.

BEAUCHET, I ✱, Professeur de Procédure civile, et Chargé du cours de Procédure civile (Voies d'exécution).

BOURCART, A ✱, Professeur de Droit constitutionnel et administratif.

GAVET, A ✱, Professeur d'Histoire du Droit.

CHRÉTIEN, A ✱, Professeur adjoint Chargé du cours de Droit international privé et du cours de Législation commerciale comparée.

LACHASSE, I ✱, Docteur en Droit, Secrétaire.

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

DROIT ROMAIN

DE LA

BONORUM VENDITIO

DROIT FRANÇAIS

DU

SECRET PROFESSIONNEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le Jeudi
1^{er} février 1894 à une heure*

PAR

Louis SADOUL

Avocat à la Cour d'Appel de Nancy

Président: M. P. LOMBARD, *professeur.*

<i>Suffragants :</i>	{	MM. LEDERLIN	{	<i>professeur-doyen</i>
		GARDEIL		<i>professeurs.</i>
		BOURCART		

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1894



Digitized by the Internet Archive
in 2026

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A LA MÉMOIRE DE MES GRANDS PARENTS

A MA FAMILLE

DROIT ROMAIN

—

DE LA

BONORUM VENDITIO

BIBLIOGRAPHIE

- Accarias.** Précis de droit romain, 3^e édition, 2 vol. in-8° Paris 1879-1882. — §§. 481, 485, 755, 781, 782.
- Luc Andrieux.** — Etude sur les voies d'exécution sur les biens, en droit romain. Thèse, Lyon, 1879.
- Bonjean.** — Traité des Actions ou Exposition historique de l'organisation judiciaire et de la procédure civile chez les Romains. — 2^e édition, 2 vol. in-8° Paris. 1843. §§. 332, 333, 392, 398.
- Félix Camus.** — De la Missio in possessionem rei servandae causa et de la Venditio honorum. Thèse, Nancy, 1872.
- Demangeat.** — Cours élémentaire de droit romain. 2^e édition. 2 vol. in-8° Paris 1866. — 2^e vol., page 130 et suiv.
- De Caurroy.** — Institutes de Justinien, traduites et expliquées. 8^e édition, 2 vol. in-8° Paris, 1831. — sur le pr. de succ. sublat. 111-12 n^{os} 933 et 934.
- Etienne.** — Institutes de Justinien, traduites et expliquées. 2 vol. in-8° Paris. Aix, 1846. — Sur le pr., de succ. sublat. III, 12 t. 1^{er} p. 572 et suivantes.
- DeKeller.** — De la procédure civile et ses actions chez les Romains. Trad. par Capmas. — Paris 1870, §§. LXXXIII. — LXXXV.
- E. J. Lecomte.** — De la Venditio honorum en droit romain. Thèse. Douai 1881.
- Mackeldey.** — Manuel de Droit Romain, trad. par Beving. 3^e édition. — Bruxelles 1846. §§ 762-784.
- G. May.** — Éléments de Droit romain. 2 vol. in-8°, Paris 1889-1890. §. 437, 438 et 440.

Ch. Maynz. — Cours de droit romain. 3^e édit. 3 vol. in-8°. Paris et Bruxelles 1870-1874. §§. 383-385.

Muirhead. — Introduction historique au droit privé de Rome, Trad. et annoté par Bourcart. Paris, 1889. — sect. 20 et 31.

Ortolan. — Explication historique des Institutes de Justinien. 7^e édition, 3 vol. in-8° Paris 1863. — nos 1161-1174.

Ernest Pannier. — Des conséquences juridiques de la déconfiture. Thèse. Paris, 1875.

E. Rémusat. — De la Bonorum Venditio en Droit romain. Thèse, Grenoble 1876.

Tambour. — Des voies d'exécution sur les biens des débiteurs, dans le droit romain. Paris 1856. — Chap. III. page 107 et s.

Van Wetter. — Cours élémentaire de Droit romain, 2 vol. in-8° Paris et Gand, 1872. — § 409.

Zimmern. — Traité des actions ou théorie de la procédure privée chez les Romains. Trad. par Etienne. Poitiers, 1843. §§ LXXVI. — LXXXIII.

DROIT ROMAIN

DE LA BONORUM VENDITIO

INTRODUCTION

Si nous nous plaçons à la belle époque, à cette période classique où le droit romain nous apparaît dans toute la plénitude de son développement, la *bonorum venditio*, vente en masse des biens du débiteur, se présente à nous comme la voie d'exécution la plus générale, comme la procédure ordinaire offerte par la loi romaine aux créanciers contre un débiteur insolvable.

C'est une institution fort intéressante à étudier en elle-même ; nous avons là un exemple de ces procédures parfaitement réglementées où se montre l'esprit romain clair et pratique.

Avant d'en arriver à cette idée de la vente en masse des biens d'un débiteur, il a fallu aux Romains un temps assez long, il a fallu que leurs notions primitives du droit et de l'obligation se modifiassent. On est loin, en effet, de la force

brutale, de la vengeance privée que l'on rencontre chez tous les peuples comme idée première du droit.

A Rome, la notion primitive de l'obligation fut celle d'un lien, non pas du *vinculum juris* du temps de Justinien, mais d'un lien matériel solide et résistant, d'une chaîne qui attachait dans la prison privée, dans l'ergastule du créancier, le débiteur insolvable. C'est la personne elle-même, c'est son corps qui répond des engagements qu'elle contracte, des obligations qui lui incombent. Nous voyons ainsi dans le très ancien droit romain, dans le droit de l'époque des XII Tables et du système des *legis actiones*, les deux curieuses théories de la *manus injectio* et du *nexum*.

Cependant peu à peu l'idée de l'intérêt pécuniaire que présentent les obligations, prit naissance et amena l'exécution sur les biens ; le créancier veut de l'argent, qu'il vende les biens de son débiteur, il en aura. On fut donc conduit à l'idée de saisir tout ou partie du patrimoine et on arriva d'assez bonne heure, alors que le système des actions de la loi était encore en vigueur à la *pignoris capio*.

L'idée se perfectionnant, les avantages de l'exécution sur les biens devenant évidents, on aboutit à une procédure voisine de celle que nous voulons étudier, celle qui lui servira de modèle, la *bonorum sectio* : c'est déjà la vente en masse des biens d'un débiteur.

Nous voyons enfin, peu de temps après l'abolition de la *manus injectio*, naître et se développer, la *bonorum venditio*, vente en masse des biens du débiteur.

Pendant un certain temps, les voies d'exécution sur la personne subsistèrent à côté et concurremment avec les premières voies d'exécution sur les biens. Mais l'usage montra rapidement la supériorité de celles-ci sur celles-là, l'esprit romain donna vite la préférence aux secondes.

Cependant à l'usage, par un usage plusieurs fois séculaire, on reconnût que cette vente en masse offrait certains inconvénients. Au Bas Empire, on lui préféra la vente en détail, la *bonorum venditio* disparut, et sous Justinien on n'emploie plus que la *bonorum distractio*.

Le plan que nous aurons à suivre dans cette étude nous semble donc tout tracé par le développement historique du droit romain.

Dans une notice historique, nous exposerons l'évolution des idées juridiques romaines en ce qui concerne les voies d'exécution, antérieurement à l'organisation de la *bonorum venditio*.

Puis, abordant le cœur même de notre sujet, nous déterminerons les cas d'application de la *bonorum venditio*, nous en étudierons la procédure et nous en verrons les effets. Enfin nous signalerons les inconvénients qui lui ont fait préférer la *distractio bonorum* que nous traiterons à grands traits.

CHAPITRE PREMIER

ÉTUDE HISTORIQUE DES VOIES D'EXÉCUTION ANTÉ- RIEUREMENT À LA BONORUM VENDITIO

Suivant l'ordre chronologique et le développement du droit romain, nous diviserons ce chapitre en quatre sections.

Section I. — *Des voies d'exécution sur la personne.*

Section II. — *De la pignoris capio.*

Section III. — *De la bonorum sectio.*

Section IV. — *Origine de la bonorum venditio.*

SECTION PREMIÈRE

DES VOIES D'EXÉCUTION SUR LA PERSONNE

L'idée que les Romains s'étaient primitivement faite de l'obligation était une sorte de droit sur la personne. Le débiteur en s'engageant engage sa personne elle-même : son corps répond de sa dette. S'il n'exécute pas ce qu'il s'est engagé à faire, le créancier pourra le saisir, l'appréhender au corps, l'enfermer, le traiter comme un esclave, le vendre même.

Nous voyons l'exécution sur la personne poursuivie par la procédure de la *manus injectio* ou obtenue par l'emploi du mode particulier de contracter qui est le *nexum*.

§ 1. — De la *manus injectio*

La *manus injectio* est certainement la plus ancienne des actions de la loi. Certains romanistes donnent le droit d'aïnesse au *sacramentum*. Mais il suffit d'examiner la procédure de cette voie d'exécution pour reconnaître que ce n'est autre chose que l'exercice de la vengeance privée, réglée dans une certaine mesure par les pouvoirs sociaux.

Grâce à Gaius nous en connaissons assez exactement la physionomie. Le créancier s'adressait à son débiteur, prononçait des paroles solennelles qui différaient suivant la cause de la main mise, et le saisissait. En général le débiteur ne pouvait protester lui-même contre cet acte du créancier ; il fallait qu'il trouvât un *vindex*, un citoyen qui prit sa cause en main au risque d'une condamnation *in duplum* ; si personne ne voulait se constituer *vindex*, ou si le *vindex* échouait le débiteur saisi était emmené dans l'*ergastule* de son créancier, *addictus* et enchaîné (1). Supprimons un instant les paroles solennelles, le formalisme imposé par le pouvoir social pour empêcher les rixes et les troubles et nous assistons à un acte de vengeance privée.

Les cas où la *manus injectio* était autorisée peuvent se ramener, ainsi que l'a fait Gaius, à trois principaux.

1^o La *manus injectio judicati* est donnée soit contre le *judicatus*, c'est-à-dire celui qui a encouru une condamnation, soit contre le *confessus in jure* qui a avoué sa dette devant

(1) GAIUS, comm. IV. § 21.

le magistrat (1). C'est l'espèce principale, la plus fréquente comme la plus ancienne de la *manus injectio* ; c'est celle que les décemvirs avaient prévue et réglementée dans la loi des XII Tables.

2^o La *manus injectio pro judicato* est donnée dans quelques cas par des lois spéciales et postérieures aux XII Tables sans qu'il y ait eu jugement. Gaius nous en cite deux exemples. La loi *Publilia* avait pour but de faciliter le cautionnement en donnant à la caution des garanties efficaces. En vertu de cette loi, le *sponsor* qui a payé aux lieu et place du débiteur principal a contre celui-ci, s'il ne l'a pas remboursé dans les six mois, la contrainte rigoureuse de la *manus injectio*. La loi *Furia de sponsu*, édictée en l'an de Rome 659 dans le même but que la loi *Publilia*, décidait que s'il y avait plusieurs *sponsores* ou *fidepromittores*, la dette se divisait de plein droit entre eux. Si le créancier avait demandé à l'une des cautions plus que sa part virile cette caution avait contre le créancier, pour se faire rendre le surplus, la *manus injectio pro judicato* (2).

3^o La *manus injectio pura*, plus récente encore, est opposée par Gaius à la *manus injectio pro judicato*. Nous en avons deux exemples. La loi *Furia testamentaria*, pour empêcher les legs excessifs, avait fixé à mille as le maximum de ce qu'un légataire pourrait recevoir. Le légataire qui recevait davantage était tenu d'en restituer le quadruple, et on pouvait l'y contraindre par la *manus injectio*. La loi *Marcia* permettait aussi l'emploi de cette voie d'exécution pour faire rendre aux usuriers les intérêts excessifs qu'ils avaient perçus (3).

(1) GAIUS, comment. IV § 21.

(2) GAIUS comment. IV § 22.

(3) GAIUS comment. IV § 23.

Gaius nous indique également quelle était la procédure suivie. La différence entre les trois espèces de *manus injectio* que nous avons distinguées consiste principalement dans les paroles solennelles que prononçait le créancier en saisissant son débiteur.

Lorsqu'il y avait *manus injectio iudicati* les paroles exigées par la loi étaient les suivantes : « *Quod tu mihi iudicatus (ive adomnatus) et sestertium X millia, quodoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milia iudicat manus injicio (1)* ».

Lorsque c'était par la *manus injectio pro iudicato* que le créancier agissait, la formule consistait à énoncer le fait qui permettait l'emploi de cette action de la loi : « *Quod...* », et le créancier terminait en disant : *ob eam rem ego tibi pro iudicato manum injicio* ».

La *manus injectio pura* ressemblait beaucoup comme formule à la *manus injectio pro iudicato*, seulement on supprimait cette expression « *pro iudicato* ». Le créancier énonçait la cause de son droit, et ensuite prononçait : *ob eam rem ego tibi manum injicio (2)* ».

Il y avait encore entre ces diverses espèces de *manus injectio* une autre différence de procédure. Lorsque le créancier avait saisi son débiteur par une *manus injectio iudicati* ou *pro iudicato*, ce débiteur ne pouvait résister lui-même à cette main mise, *manum sibi depellere*; il ne pouvait agir que par un *vindex*. Ce *vindex*, s'il ne triomphait pas dans l'instance en nullité de saisie qu'il engageait pour sauver le débiteur, était condamné *in duplum*. Si le débiteur ne trouvait personne qui consentit à être son *vindex* ou si le *vindex*

(1) GAIUS, comment IV. §. 21.

(2) GAIUS comment IV. §. 24.

échouait, le prêteur déclarait le débiteur *addictus*, celui-ci était emmené dans la prison privée des créanciers, enchaîné et enfermé avec les esclaves : s'il ne perdait pas encore sa qualité d'homme libre, il tombait dans un état de fait bien voisin de la servitude (1). Au contraire, au cas de *manus injectio pura*, le débiteur pouvait résister par lui-même, il n'avait pas besoin de *vindex*. Sauf à lui s'il ne réussit pas, à se faire condamner au double (2).

Dans le dernier état de la *manus injectio*, une loi *Vallia* permit à tout individu de résister à la *manus injectio*; il n'y avait exception que lorsque le créancier agissait soit pour obtenir le remboursement d'un paiement qu'il avait fait comme *Sponsor* (*manus injectio pro judicato* de la loi *Publilia*), soit en vertu d'un jugement (*manus injectio judicati*) (3).

Quelles que soient les différences de formule entre les diverses espèces de *manus injectio*, les effets sont toujours les mêmes. La loi des XII Tables les avait soigneusement réglementés : c'était le principal objet de la Table III, telle qu'on est arrivé à en reconstituer, sinon le texte rigoureusement exact, du moins le sens certain, grâce surtout à Aulu-Gelle. (4).

Voici la traduction que nous en donne Michelet. « La

(1) GAIUS, comment. IV. §. 21.

(2) GAIUS, comment. IV. §. 24.

(3) GAIUS, comment. IV. §. 25.

(4) Citons le passage de Nuits attiques qui a une si grande importance pour l'histoire du droit et des institutions romaines. « Tertius autem nundinis capite poenas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant. Sed eam capitis pœnam sanciendo, sicut dixi, fidei gratia, horrificam atrocitatis ostensu, novisque terroribus metuendam reddiderunt. Nam si plures forent, quibus reus esse judicatus, secare, si vellent, atque partiti corpus addicti sibi hominis permiserunt. Et quidem verba ipsa legis dicam... Tertiis, inquit, nundinis, partes secanto. Si plus minusve secuerunt se fraude esto ».

(Nuits attiques, XX, I).

« dette avouée, l'affaire jugée, trente jours de délai (1).
 « Puis qu'on mette la main sur lui, qu'on le mène en jus-
 « tice. S'il ne satisfait pas, si personne ne se constitue son
 « défenseur, le créancier l'emmènera et l'attachera avec des
 « courroies ou avec des chaînes qui pèseront quinze livres,
 « moins de quinze livres s'il le veut. Que le débiteur vive
 « du sien, sinon donnez-lui par jour, une livre de farine, ou
 « plus, à votre volonté ; s'il ne s'arrange point, tenez-le dans
 « les liens soixante jours. Cependant produisez-le en justice
 « par trois jours de marché, et là publiez à combien se monte
 « sa dette. Au troisième jour de marché, s'il y a plusieurs
 « créanciers, qu'ils coupent le débiteur en plusieurs parts.
 « S'ils coupent plus ou moins qu'ils n'en soient pas respon-
 « sables. S'ils veulent, ils peuvent le vendre à l'étranger au
 « delà du Tibre. »

Les décemvirs avaient donc minutieusement réglé cette procédure et ses effets. Le poids des chaînes ou des liens que doit supporter *l'addictus* ne dépassera pas quinze livres et la quantité de farine qui servira à la nourriture du débiteur saisi ne pourra être inférieure à une livre par jour. Pendant soixante jours, le sort de *l'addictus* est encore en suspens. A trois jours de marché, on l'amène sur la place publique, on le montre et on crie à combien se monte sa dette. Peut-être des parents, des amis lui viendront-ils en aide, paieront-ils le créancier. Si personne ne se laisse apitoyer, le malheureux débiteur sera vendu au delà du Tibre.

Un trait curieux et caractéristique de cette loi primitive et rude, c'est la possibilité, lorsque plusieurs créanciers

(1) Ce délai de trente jours laissé au condamné avant qu'on puisse procéder contre lui à aucune voie d'exécution est appelé par les textes *legitimum tempus dies justi* V. Festus V. *Justi* ;

sont en présence de mettre à mort le débiteur et de s'en partager les membres, « *Partes secanto.* »

Cette mise à mort, ce partage de la chair de ce débiteur entre les créanciers est tellement contraire à toutes nos idées modernes, un pareil pouvoir donné aux créanciers semble tellement exorbitant, que certains n'ont pas hésité à déclarer la chose impossible et ont combattu avec beaucoup de talent et de conviction la thèse que nous croyons seule exacte (1).

Quelles étaient les conséquences de *l'addictio* relativement aux biens du débiteur ? *L'addictio* est-elle, subsidiairement et par voie de conséquence, sinon principalement et directement, une voie d'exécution sur les biens ? Question assez difficile à résoudre, étant donné le peu de documents que nous possédons sur toute cette période éloignée du droit.

Pour qui vit dans notre période moderne et est fait aux idées de notre droit civil, il semble au premier abord inadmissible que le créancier qui a sur son débiteur le droit de vie ou de mort, qui peut le jeter dans son ergastule et le traiter comme esclave, ne puisse saisir et vendre les biens de *l'addictus*.

C'est ce qu'ont pensé un assez grand nombre d'auteurs. Mais nous ne pouvons nous ranger à cette opinion. Pour nous les droits exorbitants que la *manus injectio* donnait aux créanciers sur la personne de son débiteur ne peuvent s'expliquer que par l'absence de toute procédure contre les biens ; et nous verrons que le texte de la loi des XII Tables comme certains passages d'écrivains latins viennent confirmer notre manière de voir.

(1) V. la discussion de cette question dont l'examen nous entraînerait au delà des limites d'une simple étude historique au compte rendu des séances de l'Académie des sciences morales et politiques t. III p. 223 et s. t. V. p. 163 et suiv., t. XI p. 210 et suiv., 277 et suiv.

Les rigueurs autorisées par la loi contre la personne de l'obligé, cette saisie corporelle, cet emprisonnement, cette mise à mort même, n'ont de raison d'être que si la loi ne donne au créancier aucun moyen de saisir le patrimoine de son débiteur. Les rigueurs de la loi constituent un moyen indirect qui supplée à l'expropriation forcée. Il nous paraît absolument impossible d'admettre, même dans la législation la plus primitive et la plus rigoureuse, qu'un créancier puisse dépouiller un débiteur de tout ce qu'il possède, et, lorsqu'il est arrivé à constater qu'il ne lui reste rien, qu'il lui est impossible de satisfaire à son obligation, le mettre à mort. Ce serait monstrueux, ce serait absurde.

Et puis cette absence de voies d'exécution sur le patrimoine ne se rattache-t-elle pas à l'idée de la propriété familiale ? Le *paterfamilias* n'est que l'administrateur, le chef d'une communauté de biens existant entre lui et les siens, enfants et femme. Saisir les biens du père n'était-ce pas saisir ceux de la famille entière ? Et ne devait-on pas plutôt châtier personnellement celui qui manquait à ses engagements ? L'idée de la propriété familiale nous semble s'accorder parfaitement avec l'idée de l'exécution sur la personne.

Nous pouvons encore invoquer à l'appui de notre opinion des arguments de texte.

Et d'abord l'absence complète dans la loi des XII Tables telle qu'on est parvenu à la reconstituer de toute indication relative à l'exécution sur les biens de *l'addictus*. Si cette exécution était admise, cette loi qui régleme avec force détails la procédure et les effets de la *manus injectio*, qui indique les délais, qui mentionne le poids des chaînes et la quantité de nourriture que doit recevoir *l'addictus*, cette loi n'eût-elle pas indiqué avec autant de soins la procédure de la saisie et de la vente des biens ? Or, parmi les fragments qui nous

sont parvenus, aucun ne fait allusion à cette exécution sur les biens.

La Table III semble indiquer que le patrimoine de *l'addictus* reste intact. « *Si volet suo vivito.* » *L'addictus*, alors qu'il est enfermé dans la prison des esclaves de son créancier, a le droit de s'entretenir à ses frais. Cette faculté donnée au condamné de vivre de ses propres ressources ne peut se comprendre que s'il a encore un patrimoine, s'il a encore ses biens. Cette disposition suppose donc que le créancier n'a pas pu le dépouiller.

Ulpien nous dit que *l'addictus* peut accomplir une prescription et rendre nécessaire une *in integrum restitutio* parce que, de même que l'absent, il est hors d'état de comparaître en justice. Il semble donc bien qu'il a encore un patrimoine (1).

Un texte de Quintilien, que nous citerons plus particulièrement à propos de la situation juridique de *l'addictus* (2), d'autres textes encore (3) permettent de considérer notre opinion comme seule conforme à la vérité historique. S'il est vrai que le débiteur objet de la *manus injectio*, pour éviter le traitement extrêmement rigoureux qui l'attendait, devait faire tous ses efforts en vue d'acquitter sa dette, il nous paraît certain aussi que *l'addictio* ne peut à aucun point de vue être considérée comme une voie d'exécution sur les biens (4).

Quelle était la situation juridique de *l'addictus* ? Il faut, pour répondre à cette question, distinguer deux périodes : la première comprend l'accomplissement de formalités, la pro-

(1) L. 23, pr. Dig. iv. 6.

(2) QUINTILIEN. Inst. orat. VII. 3.

(3) Tite Live, XIII-28 et XXIII-14.

(4) Voyez l'opinion contraire dans Accarias.

cedure, elle dure soixante jours au moins, la seconde est la période définitive, la conséquence de *l'addictio*.

Durant la première période, depuis la *manus injectio* jusqu'à l'accomplissement des soixante jours prescrits, le débiteur *addictus* est esclave de fait, mais non de droit. C'est une situation provisoire. Il est enfermé avec les esclaves du créancier dans l'ergastule, il travaille avec eux, il ne peut exercer ses droits civiques ; mais il reste toujours un homme libre, il n'a pas encore subi la *capitis deminutio*.

Quintilien, dans plusieurs passages, fait nettement ressortir la différence entre *l'addictus* et l'esclave. Il indique l'une des conséquences de ce que nous avançons. Si on libère un esclave celui-ci devient un affranchi : lorsque *l'addictus* est rendu à la liberté, il n'en est plus de même, il est et a toujours été un ingénu. Quintilien insiste aussi sur d'autres différences entre *l'addictus* et l'esclave : un esclave, dit-il, ne peut devenir libre sans le concours de la volonté de son maître ; au contraire un *addictus* n'a qu'à payer, et le créancier sera forcé de lui ouvrir les portes de l'ergastule. L'esclave ne peut invoquer aucune loi, il n'a aucun droit, c'est une chose ; *l'addictus* peut invoquer les lois. Ce qui est propre à l'homme libre, ce que l'ingénu seul peut avoir, le *prænomen*, le *nomen*, le *cognomen*, la tribu, *l'addictus* le possède (1).

Une fois le délai de soixante jours écoulé, les formalités minutieusement prescrites par la loi des XII Tables remplies, si *l'addictus* n'a pas payé, ou si quelque parent, quelque ami n'a pas acquitté sa dette, *l'addictio* produit son effet. Ou bien il est vendu comme esclave à l'étranger *trans Tiberim*. Sa vie de citoyen et d'homme libre est finie ; il est frappé d'une *Capitis deminutio maxima* ; sa succession

(1) QUINTILIEN. Inst. orat. V. 10 et VII. 3.

s'ouvre pour ses héritiers. Quant au créancier, il a épuisé tous ses droits, toute action lui est désormais impossible (1) Ou bien, solution extrêmement rare, sans exemple d'après les historiens dont nous connaissons les œuvres, les créanciers le mettent à mort et s'en partagent les membres.

§ II. — Du *nexum*

Qu'était au juste le *nexum*? Quelle était juridiquement et en fait la condition des *nexi*?

Voilà des questions sur lesquelles la lumière est loin d'être faite et que nous ne pouvons élucider dans ce travail. Nous nous bornerons à signaler rapidement les points de cette théorie les plus importants et présentant quelque intérêt pour notre étude.

Le *nexum* était d'une façon générale tout acte s'accomplissant *per æs et libram*. Mais dans un sens plus étroit, et c'est ainsi que nous l'entendons ici, le *nexum* est un mode de contracter une obligation, le plus souvent un prêt, en des formes solennelles et avec des conséquences particulièrement rigoureuses. La loi des XII Tables consacrait la validité du *nexum*, et le distinguait du *Mancipium*, autre acte qui s'accomplissait également *per æs et libram* : « *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset ita jûs esto* (2). Contrat de la période très ancienne du droit romain, antérieur certainement à la loi des XII Tables, le *nexum* est essentiellement formaliste. L'emploi de la balance tenue par le *libripens*, la présence de cinq témoins pubères et citoyens, le pesage solennel, la prononciation des paroles consacrées,

(1) Ortolan n° 1885.

(2) Festus V°. *Nuncupata pecunia*.

nuncupatio, en font un de ces actes essentiellement solennels comme le sont tous les actes du droit romain primitif, celui-ci à un plus haut degré peut être que les autres.

Si on est à peu près d'accord sur la question des formalités constitutives du *nexum* on l'est beaucoup moins sur la question de la portée et des effets de ces formalités. Cependant on admet généralement, et c'est l'opinion à laquelle nous nous rangerons comme à la plus vraisemblable, que par le *nexum* le débiteur consentait à donner sa propre personne, plus exactement ses services, en garantie de l'exécution de l'obligation. Tout le monde s'accorde à reconnaître que le corps même du débiteur répond de sa dette.

À défaut de l'exécution de l'obligation, le créancier saisit son débiteur *nexus*, l'enferme *in carcere privato* et l'astreint aux travaux serviles. L'histoire nous apprend que le *nexum* était fréquent dans l'ancienne Rome : les maisons de certains patriciens étaient pleines de malheureux débiteurs tombés ainsi en esclavage. Le misérable sort des plébéiens, ainsi opprimés par les patriciens, leurs créanciers, fut l'une des causes des révoltes et des luttes qui troublèrent et ensanglantèrent la République Romaine.

La condition juridique exacte du *nexus* est très difficile à déterminer. Il était astreint aux travaux des esclaves, mais tombait-il en esclavage ? Se mancipait-il à son créancier ? Restait-il un homme libre ? Question vivement discutée.

Il nous paraît à peu près impossible de soutenir, ainsi qu'on l'a fait cependant, que le *nexus* tombait en esclavage (1). Si cela eut été exact, on n'eût pu, ainsi que cela a eu lieu à maintes reprises, demander aux patriciens d'ouvrir les

(1) Voir cette opinion soutenue par Niebuhr — *Röm. Gesellch* — et par Troplong. (Préface de la contrainte par corps).

portes de leur prison privée pour fournir des défenseurs à la patrie : les citoyens seuls pouvaient porter les armes.

Nous ne trouvons guère plus admissible, bien que soutenue par des auteurs d'une incontestable autorité (1), l'opinion suivant laquelle le *nexus* devait se manciper à son créancier. Cela expliquerait, dit-on, les droits que celui-ci avait sur son débiteur, droits très voisins de ceux du maître sur l'esclave, et ce ne serait plus incompatible avec l'idée des *nexi* provisoirement libérés pour défendre Rome.

Mais un principe incontestable combat victorieusement l'idée du *mancipium* comme celle de l'esclavage : un citoyen romain ne pouvait ainsi se donner. Et un texte de Quintilien (2) nous dit en effet que le *nexus* conservait sa situation dans le cens et dans la tribu ; tandis qu'un autre texte où Varron (3) définit le *nexus* semble bien venir encore nous confirmer dans notre opinion : « *Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debet, dat, dum solveret.* »

Nous pensons donc que la situation du *nexus* est celle d'un homme libre : la servitude, parfois extrêmement dure, qu'il subit, est un état de fait. (4) Il conserve ses biens, il a toujours la *manus* sur sa femme, le *paterna potestas* sur ses enfants. Son patrimoine et sa famille ne tombent pas, quoi qu'on en ait dit, sous la puissance de son créancier (5).

A la suite d'un outrage qu'un patricien fit subir à un jeune

(1) V. MAYNZ, § 333. — ZIMMERN. (Trad. d'Etienne) § 45. — BONJEAN — Des Actions — § 121.

(2) QUINTILIEN. Déclam. 311.

(3) VARRON, de ling. lat. VII, 103.

(4) Telle est l'opinion de MM. Giraud, de Savigny, Tambour.

(5) Pour plus de détails sur cette intéressante question des *Nexi*, V. Muirhead. Introd. au droit privé de Rome, trad. Bourcart, sect. 20 et 31 p. 120 et 196 et suiv. ; et la monographie de M. Giraud, des *Nexi* ou de la condition des débiteurs chez les Romains.

plébéien *nexus*, un mouvement populaire amena, en 428 (1), une loi *Poetelia Papiria* qui, sans abolir le *nexum*, vint en supprimer le principal effet, le débiteur ne peut plus donner sa propre personne en garantie de la dette, les débiteurs encore enfermés durent être libérés. Cette loi eut une très grande importance; ce fut une véritable victoire pour les plébéiens, qui, opprimés par les patriciens leurs créanciers, virent en quelque sorte s'ouvrir une nouvelle ère de liberté, *aliud initium libertatis* (2). Privé de ce qui, aux yeux des patriciens, était son principal avantage, le *nexum* ne tarda pas à tomber en désuétude.

SECTION II

DE LA *PIGNORIS CAPIO*

Tandis que la *manus injectio* était la voie d'exécution la plus ancienne et la voie générale à la première époque de la procédure romaine, la *pignoris capio* ne se fit jour qu'à la fin de cette période, et seulement pour quelques cas particuliers. Grâce aux renseignements que nous a laissés Gaius, nous connaissons le caractère et les cas d'application de la *pignoris capio*. Mais l'absence de textes nous empêche d'en connaître les effets, notamment en ce qui concerne le sort du gage.

Gaius nous dit qu'il y avait controverse entre les jurisconsultes sur la question de savoir si la *pignoris capio* était une action de la loi (3). Ainsi on n'exigeait pas dans la *pignoris*

(1) Sur cette date Muirhead, trad. Bourcart, p. 120 et 207.

(2) Tite Live VIII-28.

(3) GAIUS, comment. IV. § 29.

cipio la présence du prêteur, les paroles solennelles et la main mise sur l'objet pris en gage se passaient hors de sa présence; seuls un certain nombre de témoins étaient appelés par le créancier qui recourait à cette mesure. Mais selon nous, il en était de même de la *manus injectio*, action de la loi dans laquelle il n'y avait lieu à l'intervention du prêteur que si le débiteur résistait et soulevait en quelque sorte une question de validité de saisie.

De ce que la *pignoris capio* ne nécessitait pas l'intervention du prêteur, on avait tiré une conséquence, c'est qu'elle pouvait être opérée même un jour néfaste, c'est-à-dire un jour pendant lequel le prêteur ne pouvait faire aucun acte de juridiction ni siéger à son Tribunal. On comprend parfaitement, en effet, que toute cette procédure se passant hors de la présence du prêteur, on ne tint aucun compte de la distinction des jours fastes et néfastes, distinction n'ayant trait qu'aux actes de juridiction des magistrats romains.

La *pignoris capio* enfin pouvait avoir lieu même hors de la présence du débiteur, ce qui semble absolument contraire à l'un des caractères ordinaires des actions de la loi : toutes les formalités symboliques, toutes les paroles solennelles devaient avoir lieu en présence de l'adversaire. Mais il restait à la *pignoris capio* le caractère essentiel, le caractère fondamental des actions de la loi, le rite solennel, la prononciation de paroles consacrées. Au moment où le créancier saisissait le gage, il est vraisemblable qu'il prenait des témoins et prononçait des paroles déterminées par la loi. Le manuscrit de Gaius nous en rapportait les termes dans un passage qui, malheureusement, est resté indéchiffrable (1).

(1) Au Commentaire IV, à la fin du § 31 vingt-trois lignes sont restées illisibles.

L'absence des autres caractères, caractères secondaires en définitive, s'explique tant par l'époque où est apparue cette voie d'exécution que par son but. La *pignoris capio* venue la dernière des actions de la loi, à une époque où déjà le droit romain commençait à devenir moins rigoureusement formaliste, devait se ressentir de cet état nouveau des idées juridiques romaines et se dégager dans une certaine mesure des rites.

Gaius insiste particulièrement sur les cas de *pignoris capio* (1) établis par la loi des XII Tables, par la coutume et par la loi *ensoria*.

1^o) La loi des XII Tables admet la *pignoris capio* dans deux cas relatifs tous deux à la vie religieuse au profit du vendeur d'une victime destinée à un sacrifice et de celui qui a loué une bête de somme pour employer le prix de cette location à un sacrifice (2).

2^o) La coutume admettait la *pignoris capio* pour le paiement de *l'æs militare*, de *l'æs equestre* et de *l'æs hordearium*. *L'æs militare* était la solde qui devait être payée au soldat par le *tribunus ærarius*. *L'æs equestre* était la somme d'argent donnée au chevalier pour l'achat de son cheval. *L'æs hordearium* était le prêt fourni à ce chevalier pour la nourriture de sa monture. Ce sont même là, paraît-il, les cas pour lesquels la *pignoris capio* avait été créée (3).

3) Enfin, au dire de Gaius (4), la loi *ensoria* autorisait les publicains à employer la *pignoris capio* pour obtenir le paiement des impôts. La loi *ensoria* était vraisemblablement le cahier des charges de l'adjudication de la ferme des impôts.

(1) GAIUS, comment. IV. § § 26. 28.

(2) GAIUS, comment. IV § 28 init.

(3) GAIUS, comment. IV. § 27.

(4) GAIUS, comment. IV, § 28.

La *pignoris capio* n'était admise que dans ces trois cas : dans toute autre circonstance aucun mode d'exécution n'était possible sur les biens et la seule voie de contrainte était la *manus injectio*.

La *pignoris capio* semble avoir survécu assez longtemps au système des actions de la loi. Il est certain que la loi *Æbutia* l'a laissé subsister puisque Cicéron (1) nous indique que la *pignoris capio* existait encore de son temps au profit des publicains. La découverte (mai 1876) de la table de bronze d'Aljustrel, en Portugal, table qui date, dit-on, de la fin du premier siècle, nous prouve qu'à cette époque la *pignoris capio* était encore en usage. Cette table, en effet, établit au profit de quelques personnes le monopole de la fourniture de certains services et elle déclare que ces personnes ont la *pignoris capio* contre quiconque porte atteinte à leur privilège.

Toutefois à cette dernière époque, la procédure de la *pignoris capio* avait été modifiée et en quelque sorte adaptée au système formulaire. On donnait notamment aux publicains, et vraisemblablement aussi aux autres personnes auxquelles la *pignoris capio* était permise, une formule renfermant une fiction telle qu'on devait condamner le débiteur, contre qui on aurait autrefois pris un gage, à une somme égale à celle qu'il aurait dû payer pour se faire rendre le gage (2).

(1) CICÉRON, 2^e act. in Verrem III. 11

(2) GAJUS, Comment. IV. §. 32.

SECTION III

DE LA BONORUM SECTIO (1)

Au commencement du système formulaire nous voyons apparaître la *bonorum sectio*, vente aux enchères faite par les questeurs au nom du peuple romain. C'est une institution de droit civil.

Il y avait lieu à *bonorum sectio* dans un certain nombre de cas. C'est par cette vente aux enchères qu'on vendait parfois des objets isolés et considérés individuellement, notamment le butin pris sur l'ennemi. Mais ce cas n'a pour nous aucun intérêt. La *bonorum sectio* avait un caractère propre quand elle servait à vendre l'ensemble d'un patrimoine. C'est ainsi que l'on vendait les biens d'une succession vacante, les biens des proscrits ou de ceux qui ont été tués dans les rangs ennemis, les biens des débiteurs du trésor et les biens de celui qui, condamné à une amende, ne la payait pas. C'est surtout dans ces dernières hypothèses que la *bonorum sectio* nous apparaît comme une voie d'exécution sur les biens et que nous apercevons surtout son caractère ; c'est une vente en masse, une vente en bloc, *per universitatem* (2).

La *bonorum sectio* est une institution de droit civil qui a

(1) Quelle est l'étymologie de cette expression *bonorum sectio* et le sens original des mots *sectio*, *sector* ? Faut-il y voir la même racine que dans le verbe *sequi* parce que les acheteurs poursuivaient l'espérance d'un gain. Cela nous paraît difficile d'admettre. Une autre étymologie, moins invraisemblable, fait dériver *sector* de la même racine que *secare*, parce que les acquéreurs des biens ainsi vendus en masse les revendaient ensuite en détail. (V. Asconius s. les Verrines.) Cette étymologie nous paraît encore bien difficile à accepter.

(2) GAIUS, comment. iv. § 146.

servi de modèle au prêteur pour la création de la *bonorum venditio*. Nous y trouvons déjà les principales formalités que nous étudierons avec plus de détails à propos de cette dernière procédure. La première formalité que les questeurs, agissant comme représentants du fisc, avaient à remplir était de se faire envoyer en possession des biens du proscrit, du débiteur du trésor ou du condamné. Cet envoi était prononcé par le prêteur alors qu'il avait pris connaissance du jugement de condamnation ou de la sentence prononçant la *publicatio bonorum*. Une fois les questeurs envoyés en possession des biens composant le patrimoine de l'individu contre lequel la *bonorum sectio* était dirigée, ils devaient accomplir un certain nombre de formalités préalables à la vente ; ces formalités étaient surtout des mesures de publicité, destinées à faire connaître tant le dessaisissement qui atteignait le débiteur que les biens qui étaient l'objet de la vente et la date de cette vente. Les questeurs devaient donc rédiger et faire apposer des affiches, *proscriptiones*, dans lesquelles ils indiquaient le nom de l'individu dont le patrimoine était mis en vente et les principaux éléments, actifs et passifs, que comprenait ce patrimoine. La vente ne pouvait avoir lieu qu'un certain temps après l'apposition de ces affiches, afin de donner à chacun le temps d'en prendre connaissance.

Une fois le délai expiré, délai dont nous ne connaissons pas la durée, avait lieu la vente aux enchères par le ministère du crieur public, *præco*, au profit du plus offrant. Devant le crieur était plantée la lance, la *hasta*, symbole de la propriété quiritaire, ce qui a valu à cette vente les noms de *venditio sub hasta* et de *subhastatio* (1).

(1) Nous pouvons signaler à cette époque une autre sorte de vente publique aux enchères, c'est l'*auctio bonorum*. Elle avait lieu à l'encan et par

Les biens, adjugés à celui qui en avait offert le prix le plus élevé, devenaient sa propriété du moment où il en avait payé le prix et la propriété ainsi conférée était la propriété quiritaire, le *dominium ex jure Quiritium* (1).

L'adjudicataire devenait le titulaire de tous les biens actifs et passifs qui composaient le patrimoine vendu : il devenait propriétaire des meubles et des immeubles par le seul effet de cette vente sans qu'il soit besoin de recourir à aucun mode de transfert. La vente se faisait moyennant un prix en argent. Le fisc en effet ne vendait que les biens des proscrits, de ses débiteurs ou des individus qui ne payaient pas les amendes prononcées contre eux à la suite d'un *judicium publicum*, et ces personnes avaient en général un passif inférieur à l'actif. Nous verrons au contraire que, au cas de *bonorum venditio*, le prix consistait en un tant pour cent des dettes de la personne dont on vendait les biens, l'acquéreur s'engageait à payer à tous les débiteurs un certain dividende et cela parce que la *bonorum venditio* n'était guère employée que contre les insolubles. L'adjudicataire recevait le nom de *bonorum sector*, et pour se faire mettre en possession des biens du patrimoine qu'il avait acquis, le prêteur lui donnait un interdit, l'*interdictum sectorium*. (Gaius IV § 146).

Quant aux actions ouvertes au *bonorum sector* ou données contre lui à l'occasion du patrimoine qu'il vient d'acquérir, il est vraisemblable et logique que ce soient les actions di-

le ministère des crieurs publics, *præcones*. Mais c'était non plus une vente judiciaire et forcée, mais une vente volontaire.

(1) Cicéron nous dit que les plébéiens formaient souvent des associations pour acheter les biens ainsi vendus en masse. On comprend en effet que fréquemment il fallait disposer de capitaux considérables pour acquérir un patrimoine entier (*Pro Roscio Amerino* 31). La gent des *bonorum sectores* était, paraît-il, fort mal réputée, à raison de son avidité. (Tacite, *Annales* XIII-23).

rectes, puisque la *bonorum sectio*, institution de droit civil, l'a rendu propriétaire quiritaire de tous les biens, comme s'il était héritier de la personne dont il a acheté le patrimoine. Le droit civil considérait la *bonorum sectio* comme un mode d'acquisition *per univesitatem* analogue aux successions : les actions actives et passives devaient donc passer de la tête de l'individu dont les biens étaient vendus sur celle de *bonorum sector*, comme elles passaient de la tête du *de cujus* sur celle de son héritier (1).

C'est sur le modèle de la *bonorum sectio* créée en faveur du Trésor public que le préteur donna une voie d'exécution générale, ouverte à tous les créanciers, la *bonorum venditio*, objet de cette étude.

SECTION IV

ORIGINE DE LA BONORUM VENDITIO

L'introduction de la *bonorum venditio* est due, Gaius nous l'apprend (2), à un préteur Rutilius. On pense généralement que ce préteur est le Publius Rutilius Rufus qui fut consul en l'an 649 de Rome et dont Cicéron fait l'éloge comme jurisconsulte (3) : « *sunt ejus multa præclara de jure.* »

On a désigné aussi comme le créateur de la *bonorum venditio* Publius Rutilius Calvus qui fut préteur en l'an 586 (4). Ce qui donne une certaine créance à cette opinion, c'est que nous trouvons la *bonorum venditio* mentionnée dans la *lex*

(1) L. 41. Dig. XLIX, 14.

(2) GAIUS. Comment. IV § 35.

(3) CICÉRON, Brutus. 30.

(4) Tite Live. XLV, 41.

thoria agraria (ch. 26), loi contemporaine de Publius Rutilius Rufus.

Si cette question de date précise est bien difficile à trancher, il est du moins certain que la *bonorum venditio* a suivi de très près l'application du système formulaire; le plaidoyer de Cicéron *pro Quintio*, prononcé en 672, ne peut nous laisser aucun doute; elle était déjà en pleine vigueur au temps de la jeunesse du grand orateur.

Le droit prétorien ne créait pas des institutions de toutes pièces; il imitait une institution déjà existante, il l'étendait à des cas nouveaux et la modifiait suivant les besoins. La *bonorum venditio* est copiée sur la *bonorum sectio* quant à sa procédure. Quant aux cas d'application et quant aux délais, nous retrouvons des traces considérables de la *manus injectio*.

La *manus injectio* venait de disparaître, aucune voie d'exécution générale n'était ouverte aux créanciers pour faire produire effet à leurs créances; il était naturel que la nouvelle institution, tout en remplaçant l'exécution sur la personne par l'exécution sur les biens, conservât de l'ancienne les causes et les délais. Ainsi que l'a dit d'une façon fort heureuse M. Ortolan, « la personnalité juridique du débiteur prenait la place de la personnalité physique, et on appliquait à l'une ce qui, dans l'action de la loi, s'appliquait à l'autre ». Mais comme d'autre part, il existait déjà une voie d'exécution sur les biens dont la procédure était organisée, il était également naturel que le préteur en reproduisit les diverses phases et les principales formalités.

CHAPITRE II

DES CAS D'APPLICATION DE LA BONORUM VENDITIO

Gaius nous indique quelles étaient les hypothèses dans lesquelles les créanciers pouvaient poursuivre la vente en masse des biens de leur débiteur.

Nous conformant à l'ordre suivi par Gaius, nous étudierons ces divers cas dans quatre sections :

Section I. — *Absentia et indefensio*.

Section II. — Inexécution d'une condamnation.

Section III. — Cession de biens.

Section IV. — Succession sans héritier.

SECTION PREMIÈRE

ABSENTIA ET INDEFENSIO

L'*absens* est l'individu qui, cité à comparaître en justice, ne comparaît pas (1). Dans l'acception où nous prenons ce mot ici, il ne correspond aucunement au sens que l'expression *absenta* dans notre droit et que lui donne le Code civil dans son titre de l'absence. Dans la plupart des textes ro-

(1) 21 § 2. Dig. IV. — 6.

maines et notamment dans le texte d'Ulpien que nous venons de citer, le mot *absens* s'emploie par opposition à celui de *præsens*, il est synonyme de *indefensus* et désigne celui qui ne répond pas à la *vocatio in jus*.

A Rome la présence des deux parties, défendeur comme demandeur, était nécessaire pour que l'instance s'engageât ; on ne connaissait pas, du moins dans le droit ancien, la théorie du jugement par défaut. Sous le système formulaire, il fallait que le défendeur comparût avant la *litis contestatio*. Même sous le système extraordinaire l'instance n'était engagée que quand les deux parties avaient pris leurs conclusions.

Sans doute, à l'origine tout au moins, le demandeur avait le droit, lorsqu'il rencontrait son adversaire, de le saisir et de l'entraîner devant le magistrat ; en cas de résistance de la part du défendeur, le demandeur employait contre lui, s'il en était besoin, la violence, et l'amenait au Tribunal, *et obtorto collo*. Mais cette contrainte ne pouvait pas toujours être employée. Si le défendeur, craignant précisément les attaques de ses créanciers, persistait à ne pas sortir de sa maison qui constituait pour lui un asile inviolable, ou bien s'il était loin de Rome, en mission, en exil, le demandeur ne pouvait user des rigueurs permises par la loi.

Il y avait là une lacune et c'est pour y remédier que le préteur admit, en cas d'*absentia* du défendeur, le demandeur à l'envoi en possession et dans certains cas, à la *bonorum venditio* du patrimoine de son adversaire.

En principe l'envoi en possession seul est possible en cas d'*absentia*, mais la *bonorum venditio* peut être autorisée par le préteur si la mauvaise foi du défendeur ou l'urgence d'une solution légitimement ou nécessitent une exécution prompte et énergique. Nous allons donc déterminer, d'après les textes,

ces cas d'*absentia* qui permettent l'envoi en possession et la vente; ce sera en même temps indiquer aussi, *a contrario* les cas où l'envoi en possession seul est possible.

Il nous faut, dans un intérêt de méthode et de clarté, diviser cet examen en trois paragraphes, suivant que l'*absentia* ou *indefensio* provient :

§ I^{er}. — De l'absence (au sens ordinaire et général du mot) du défendeur.

§ II. — De son incapacité.

§ III. — D'une *capitis deminutio* par lui subie.

§. 1. — Absence

Il faut ici distinguer deux hypothèses.

1) Il y a *latitatio fraudulosa*.

2) Il y a simplement absence ou *indefensio* (1).

1) Il y a *latitatio fraudulosa*.

Un débiteur, craignant des réclamations de ses créanciers, se soustrait frauduleusement à leurs poursuites. Ce fait laisse présumer son insolvabilité. Sa mauvaise foi mérite un traitement peu bienveillant. Le prêteur permet alors au demandeur de prendre possession de son patrimoine et d'en poursuivre la vente en masse.

L'édit (2), prévoyant cette hypothèse, s'exprimait ainsi : « *Qui fraudationis causa latitavit, si boni viri arbitratur non defendetur, ejus bona possideri vendique jubebo.* » (3).

(1) 2 § 2. Dig. XLII. 4.

(2) 17. § 1. Dig. XLII. 4.

(3) Il est nécessaire de remarquer ici, une fois pour toutes, que le mot *venditio* désigne spécialement la procédure qui fait l'objet de ce travail : *vendere bona* signifie vendre en masse, vendre par la *bonorum venditio*. Le mot *distractio* au contraire s'applique à la vente en détail : *distrahere bona*

Ulpien commentant cette règle de l'édit, fait ressortir que pour qu'il y ait lieu à *bonorum venditio*, le seul fait matériel de la *latitatio* n'est pas suffisant. Il faut un second élément, la *fraudatio*, c'est-à-dire l'intention frauduleuse de la part du débiteur, la connaissance des poursuites dirigées contre lui et l'intention de s'y soustraire pour nuire à son créancier.

Faut-il ainsi que le font certains auteurs exiger en outre une troisième condition, l'appréciation du prêteur. On soutient généralement l'affirmative. On s'appuie sur un texte d'Ulpien (1) qui dit qu'au cas de *latitatio*, il y a lieu d'après l'édit d'envoyer le demandeur en possession des biens du défendeur, « *ut si res exegerit, etiam distrahantur.* » Nous nous rallions assez facilement à cette opinion. Ces mots nous paraissent devoir être entendus comme une allusion au pouvoir du prêteur qui, avant d'accorder la vente, devait toujours *cognoscere causam*, apprécier tous les éléments de l'affaire. Il prenait en considération l'importance des biens du défendeur et examinait les faits apportés comme preuve de la *latitatio fraudulosa*.

A l'individu qui *fraudationis causa latitat*, il faut assimiler celui qui, appelé *in jus*, et bien que présent à Rome, refuse de suivre son adversaire ou de lui fournir la *cautio in jure sistendi*. En effet, il n'y a pas moins dol à résister qu'à se dérober. Dans ce cas, la *missio in possessionem* et au be-

veut donc dire vendre en détail, c'est-à-dire employer la procédure qui, à la fin du droit romain et sous Justinien, a remplacé la *bonorum venditio*. Remarquons toutefois que, dans les textes du Bas Empire, ces mots sont employés l'un pour l'autre : la *bonorum venditio* a disparu, et les deux expressions que nous opposons sont devenues synonymes. Quelques textes parfois aussi, bien que de la bonne époque, s'expriment inexactement : il y a peut-être correction maladroite de la part des compilateurs.

(1) L., 24 § 2 Dig. IV. 6.

soin, la *bonorum venditio* se combinent avec l'action pénale prétorienne (1).

2) Il y a simplement absence ou *indefensio*.

L'envoi en possession et la vente peuvent être ordonnés par le préteur à l'encontre du débiteur *absens* ou *indefensus* (2), sans qu'il y ait *latitatio fraudulosa*, lorsque certaines circonstances, mauvaise foi du défendeur ou péril en la demeure l'exigent. Cela résulte de nombreux textes et notamment d'un passage d'Ulpien (3). Le célèbre plaidoyer de Cicéron, *pro Quintio*, le premier de ceux du grand orateur qui nous aient été conservés, se rapporte justement à une affaire dans laquelle un créancier, arguant de l'*indefensio* de son adversaire, avait obtenu la *missio in possessionem* sur les biens de celui-ci, qui, revenu à Rome, soutient l'illégitimité de cet envoi et en demande la rescision. Ce remarquable discours nous fournira, à plusieurs reprises, dans le cours de cette étude, de fort utiles renseignements.

Il importe de distinguer ici suivant que l'absence du défendeur existait dès le principe, dès avant que l'action fut intentée, et par suite a rendu impossible toute *vocatio in jus*, ou suivant qu'elle ne s'est produite qu'après que le débiteur avait fait promesse de comparaître en justice, soit que cette promesse ait été faite lors de la *vocatio in jus* (*cautio in jure sistendi*), soit que la remise de l'affaire ait donné lieu à un *vadimonium*.

(1) 52. Dig. L. 17.

(2) L'*indefensio*, il est bon de le remarquer ici, n'est pas le simple défaut. Pour qu'il y ait *indefensio* et que, par suite, le demandeur puisse obtenir l'envoi en possession, il faut que le demandeur ait fait régulièrement constater le défaut et établi aussi l'obligation pour l'*absens* de défendre à l'action, c'est-à-dire le bien fondé de sa poursuite, l'existence de sa créance.

(3) L. 21 § 2 Dig. IV 6.

A. L'absence du débiteur est antérieure à toute *vocatio in jus*. *L'indefensio*, en pareil cas, ne peut, en principe, donner lieu qu'à l'envoi en possession et non à la *bonorum venditio*.

Quand l'absence a une cause légitime, l'application de notre principe, l'impossibilité de la vente en masse, ne peuvent souffrir aucune difficulté. Certains textes mentionnent spécialement les cas où il s'agit soit d'un débiteur retenu captif par l'ennemi, soit d'un débiteur empêché de comparaître à raison d'une mission qui lui a été confiée « *qui rei publicæ causa sine dolo malo abfuit* » (1). Quand l'absence n'est point justifiée, mais que rien ne vient établir la fraude ou la mauvaise foi du débiteur, nous pensons qu'il en est encore de même et que la *bonorum venditio* ne peut être prononcée. S'il en était autrement, il nous paraîtrait impossible d'expliquer la distinction faite par les textes entre la *latitatio fraudulosa* et la simple *indefensio*.

Mais si l'absence s'aggrave de la mauvaise foi du défendeur ou du péril en la demeure, la *bonorum venditio* pourra être accordée par le prêteur. Il en sera ainsi, notamment, si le demandeur peut établir que la mission dont le débiteur s'est fait charger n'a été demandée par lui que dans le but d'échapper aux poursuites de ses créanciers, ou encore si le créancier prouve que tout retard dans la vente lui causera un préjudice (2).

On autorise également la *bonorum venditio* contre le débiteur actuellement exilé en vertu d'une condamnation. Cette cause d'absence ne peut être admise comme légitime, la condamnation déjà prononcée contre lui le rend suspect. D'où la rigueur du prêteur qui accordait en pareil cas au

(1) L. 6 § 1 et 2 Dig. XLII. 4.

(2) Sur ce point, C.p.z. L. 7 § 11, Dig. XLII, 4, ce qui est dit à propos du *furiosus* non défendu. Il est permis d'argumenter par analogie.

créancier le droit de poursuivre la vente en masse (1).

B. L'absence du débiteur se produit alors qu'il a fourni promesse d'assister au débat, *cautio in jure sistendi* ou *vadi-montum*. Dans ce cas la vente est la conséquence normale de la *missio in possessionem*. Le débiteur a promis de se présenter, il ne se présente pas ; il y a de sa part, un manque de parole qui aggrave sa position et permet au prêteur d'autoriser la vente (2).

§ II. — Incapacité.

Par cela même qu'en principe il faut, pour que la *bonorum venditio* soit possible, une intention frauduleuse, la vente ne peut être autorisée contre les incapables, les pupilles et les fous (3). La *missio in possessionem* seule peut être accordée contre eux. Encore, en ce qui concerne les pupilles, le prêteur n'accorde-t-il cet envoi qu'avec prudence. Avant de rendre son décret, il fait appel au tuteur, aux parents, aux amis du mineur et même à ses affranchis. Si personne ne répond à cette invitation, il accorde au demandeur la *missio in possessionem*, mais l'envoi prendra fin aussitôt que le pupille viendra à être valablement défendu (4).

Cette solution s'impose, du moins comme règle générale. Mais une distinction est nécessaire. Autant cette disposition paraît équitable lorsque la dette a pris naissance dans la personne du pupille, autant elle l'est peu si on suppose que la dette objet du litige vient de l'auteur du pupille. Parce-

(1) L. 7 § 13. Dig. XLII. 4.

(2) L. 68. Dig. V. 1.

(3) L. 6. § 1. Dig. XLII. 4.

(4) L. 5. pr. et § 1. Dig. XLII. 4.

qu'un débiteur meurt laissant un enfant en bas âge, le créancier est privé de toute voie d'exécution et réduit à la seule mesure conservatoire de la *missio in possessionem*. D'où une controverse entre les auteurs sur le point de savoir si, dans ce dernier cas, il ne faut pas admettre la *bonorum venditio*, même contre un pupille. Et Ulpien (1), qui nous rapporte cette controverse, nous dit que c'est l'opinion affirmative qui l'a emporté. Toutes les fois que la dette n'est pas née du chef même du pupille, le créancier peut obtenir la *bonorum venditio*.

Mais il va de soi que la *bonorum venditio* ainsi admise contre le pupille ne porte que sur les biens provenant de l'auteur qui a contracté la dette et non sur tout le patrimoine du pupille.

Une autre dérogation à notre règle générale vient de la nécessité même : la vente peut être autorisée par le prêteur sur les biens d'un pupille ou d'un fou, au cas où il y a urgence, où tout retard serait préjudiciable aux créanciers (2).

En ce qui concerne les fous en particulier, il n'est pas de difficulté. La *latitatio* qui seule, en principe, autorise la *bonorum venditio*, suppose nécessairement l'intention frauduleuse, de la part du débiteur, de se soustraire aux poursuites de son créancier ; or, le *furiosus* ne peut avoir semblable intention. Il se range donc sur la même ligne que le pupille : le demandeur ne pourrait obtenir contre lui, à raison de son *indefensio*, que la *missio in possessionem*.

Mais ce que nous venons de dire relativement aux fous et aux pupilles ne peut-il s'étendre aux prodigues et aux mineurs de vingt-cinq ans pourvus d'un curateur, voilà ce que

(1) L. 3. Dig. XLII-4.

(2) L. 7. § 11. Dig. XLII-4.

l'identité de motifs paraîtrait commander, et ce qui, cependant, est discutable : la solution, en effet, paraît difficile à dégager des textes contradictoires émanant d'un même auteur Ulpien.

Un premier texte, la loi 7 § 12, *quib. ex. caus in poss. eatur*, proclame en terme très clairs, aussi formels que possible, l'assimilation du prodigue et du mineur de 25 ans au pupille et au fou. Au titre suivant, une autre loi, également d'Ulpien, contredit absolument cette solution (1). « *Si minor viginti quinque annis, qui habet curatores, a curatoribus non de fendatur, nec alium defensorem inveniat : bonorum venditionem patitur etsi non latitet* ». Enfin un autre passage vient nous donner une nouvelle solution, différente des deux précédentes (2). « *Labeo autem scribit, si non inveniatur curator vel defensor furiose, sed et si curator datus eum non defendat : tunc removendum eum, et oportere prætorem dare curatorem aliquem ex creditoribus, ut non amplius, quam necesse est, ex bonis furiosi veneat.* »

Nous croyons qu'il est possible de concilier entre eux les trois textes contradictoires d'Ulpien. En principe, le mineur de vingt cinq ans pourvu d'un curateur et le prodigue échappent à la *bonorum venditio*, parce qu'on ne peut dire à proprement parler qu'il y a de leur part *latitatio* (3). Toutefois s'il est absolument impossible de leur donner un curateur ou si le curateur refuse de les défendre, il y a lieu en ce cas à une vente (4) : cette vente ne sera pas une vente en masse des biens du patrimoine de l'incapable, une *bonorum venditio* au sens exact et véritable de ce mot, mais seulement une vente de quelques biens, *non amplius quam necesse*

(1) L. 5. Dig. XLII 5.

(2) L. 7 § 10 Dig. XLII. 4.

(3) L. 7. § 12. Dig. XLII. 4.

(4) L. 5. XLII. 5. Dig.

est (1). Ce système, qui n'a rien d'inacceptable au point de vue rationnel, nous semble en parfaite concordance avec les textes.

§ III. — *Capitis deminutio*.

L'adrogation, la *conventio in manum* entraînent en la personne de celui qui en est l'objet une *capitio deminutio minima*. Ce changement d'état a pour résultat d'éteindre *jure civili* les obligations nées d'un contrat ou d'un quasi-contrat. Il s'en suit que, en droit civil, l'adrogé et la femme *in manu* sont libérés de leur dette. Le prêteur, pour éviter une conséquence aussi contraire à l'équité, donne au créancier un moyen de ne pas souffrir du changement d'état de son débiteur, il lui accorde une *actio fictitia rescissa capitis deminutione* ; c'est-à-dire qu'il considère l'acte qui a donné lieu à la *capitis deminutio* comme n'ayant jamais existé et rend au créancier l'action que cet acte lui avait enlevé.

L'action, dans la période classique du droit romain, est donnée contre le débiteur lui-même, c'est-à-dire contre l'adrogé ou la femme *in manu* (2). En ce cas le *paterfamilias* pouvait se présenter comme le défenseur de *l'alieni juris* tombé en sa puissance ; s'il ne se présentait pas, on considérait celui-ci comme *indefensus* ; il y avait lieu d'accorder au créancier poursuivant la *missio in possessionem* et la *bonorum venditio* des biens possédés par le débiteur au moment où il a subi la *capitis deminutio*. Sous Justinien, l'action est dirigée directement contre le *paterfamilias* : *nomine filii, convenietur* (3). Les mêmes voies d'exécution

(1) L. 7. § 40, Dig. XLII-4.

(2) Gaius Comment. III §. 84.

(3) Inst. III. 40 §. 3.

étaient d'ailleurs ouvertes au créancier ; l'envoi en possession et la vente (*distractio bonorum* à cette époque.)

SECTION II

INEXÉCUTION D'UNE CONDAMNATION

C'est surtout comme moyen d'obtenir l'exécution des jugements que la *bonorum venditio* nous apparaît comme la voie d'exécution générale et comme remplaçant historiquement la *manus injectio*.

Elle est admise également contre le *judicatus* et contre le *confessus in jure*.

§ I. — *Judicatus*.

Il y a peu de choses à dire en ce qui concerne ce premier cas d'application qui était cependant le plus fréquent.

Ainsi que nous le rapporte Gaius (1), la *bonorum venditio* remplace ici la *manus injectio*, et on lui applique les délais qui étaient imposés par la loi des XII Tables pour l'ancienne procédure corporelle. Trente jours après la condamnation, le demandeur qui avait obtenu gain de cause se présentait devant le prêteur et obtenait l'envoi en possession ; la seule question qu'avait à examiner le prêteur était celle de l'existence du jugement, *an judicatum fuerit*. Comme la *manus injectio*, l'action tendant à l'envoi en possession et à la vente des biens était perpétuelle et ne pouvait s'éteindre par un simple pacte, il fallait recourir à la stipulation aquilienne.

(1) Gaius, Comment. III § 7.

Soixante jours après l'envoi en possession, le créancier pouvait poursuivre la vente du patrimoine.

Le délai de trente jours donné au *judicatus* pour exécuter la sentence prononcée contre lui fut porté à deux mois par une constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose (1). Plus tard Justinien l'étendit encore ; sa durée fut de quatre mois (2).

§ 2. — *Confessus in jure*

De tout temps, le *confessus in jure*, c'est-à-dire celui qui devant le magistrat a reconnu sa dette, a été assimilé au *judicatus*. « *Confessus in jure pro judicato habetur* » disait déjà la loi des XII Tables.

A l'origine la *confessio in jure* ne pouvait exister que lorsqu'il s'agissait d'une obligation tendant à *dare* ou à livrer *certa quantitas* ; plus tard la *confessio in jure* fut admise dans les hypothèses prévues par la loi Aquilia et dans celle où il s'agissait d'un legs *per damnationem*. Ce fut seulement en vertu d'une *oratio* de Marc Aurèle que la *confessio in jure* fut admise à produire les mêmes effets qu'un jugement toutes les fois qu'il y avait eu aveu, quelque soit l'objet du litige : *Omne omnino quod quis confessus est*.

SECTION III

DE LA CESSION DE BIENS

La cession de biens, que nous considérons ici comme l'un

(1) C. 4. Cod. Théodos. de usuris rei judicata, année 380.

(2) C. 3 § 1. Cod. Just. VII. 54.

des cas d'application de la *bonorum venditio*, comporterait, si nous voulions l'étudier à tous les points de vue, d'assez longs développements et pourrait à elle seule fournir matière à un travail considérable. Nous ne ferons qu'indiquer les principes généraux qui la régissent et ses cas d'application.

Nous traiterons donc rapidement de l'idée générale de la cession de biens ; ensuite nous déterminerons plus particulièrement à quels débiteurs la cession est permise. Nous signalerons, à cette occasion, comment le débiteur pouvait échapper à la cession de biens par l'emploi d'une procédure particulière rappelant beaucoup notre concordat moderne.

§ I. — Principes

La cession de biens est un bénéfice offert au débiteur pour éviter les rigueurs de l'*actio judicati*, les inconvénients de la *missio in possessionem* et les déchéances ordinaires de la *bonorum venditio*. Il est permis de voir dans le *juramentum bonæ copię* l'origine de la cession de biens. Mais ce *juramentum* qui remonte au très ancien droit romain, à l'époque du *nexum* (1), est peu ou mal connu. On discute encore sur le point de savoir ce qu'il était et quels en étaient les effets.

M. Giraud (2) pense que *bonam copiam jurare* signifie mettre sa fortune entière à la disposition de ses créanciers. Dans une autre opinion, qui rencontre un assez grand nombre de partisans, *jurare* serait pris ici dans le sens de *ejurare* ; et dès lors le *juramentum bonæ copię* serait l'af-

(1) Varron dit en effet au sujet de la loi *Pœtilia* : « *Omnes qui bonam copiam jurarunt, ne essent nexi, dissoluti.* »

(2) GIRAUD, des *Nexi*, p.119.

firmation sous serment de la part du débiteur que ses biens sont insuffisants pour couvrir son passif. On a dit aussi que *bonam copiam jurare* c'est affirmer sous serment que l'on a de quoi payer ; mais cette explication ne semble conduire à aucun résultat pratique : quel eût été alors le but de ce serment ? C'eût été tout le contraire de la cession de biens.

Laissons de côté ces hypothèses qui ne peuvent s'appuyer que sur des conjectures et des probabilités et examinons la cession de biens telle que les textes nous permettent de la connaître.

Le bénéfice de la cession de biens a été établi en faveur des débiteurs au temps de César ou d'Auguste. Nous trouvons au Code, en effet, que la cession de biens a été créée par une loi *Julia*. Applicable primitivement à l'Italie seulement, cette loi a été par la suite étendue aux provinces par des constitutions impériales (1). Cette loi *Julia* est vraisemblablement l'une des *leges Juliae Judiciariae* qui datent du commencement du huitième siècle de Rome, de l'année 708 ou 729.

Il est difficile de dire avec certitude et précision quelles étaient les formalités de la *cessio bonorum*. Il est très probable qu'à l'origine et même dans la période classique, la *cessio bonorum* devait se faire *in jure* et avec des formes solennelles (2). Quant à la procédure à suivre ensuite pour aboutir à la vente, Gaius ne distingue pas ; il semble bien admettre que, dans tous les cas où il peut y avoir lieu à *bonorum venditio*, la marche est la même : envoi en possession par le préteur, affiches, vente en masse (3). Toutefois les

(1) C. 4. Code VII. 71.

(2) C. 6. Cod. eod. tit.

(3) GAIUS, comment. III § 78.

formes consacrées avaient disparu peu à peu. Au Bas Empire, et même avant peut être, la cession de biens ne fut plus assujettie à la formalité de la déclaration en justice.

Grâce à la cession de biens, la contrainte par corps était évitée, l'infamie, si redoutée des Romains, qui résultait ordinairement d'une *bonorum venditio* n'était plus à craindre, et le débiteur pouvait opposer aux actions intentées ultérieurement à la cession l'exception *ni bonis cessarit*, pourvu que les biens acquis fussent de peu d'importance; enfin, s'il vient à acquérir de nouveaux biens il peut opposer désormais le bénéfice de compétence, c'est-à-dire qu'il n'est condamné que *in id quod facere potest*. On comprend dès lors quel avantage un débiteur insolvable avait à ne pas attendre que ses créanciers poursuivissent contre lui la *bonorum venditio* et à leur offrir la cession de ses biens.

Tant que la vente n'a pas eu lieu, la cession n'est pas définitive, la propriété des biens n'est point transférée aux créanciers, le débiteur peut les reprendre en offrant de payer ses dettes. C'est ainsi du moins qu'il nous semble que doit être interprétée la loi 5 : « *Quem pœnit et bonis cessisse, potest, defendendose, consequi ne bona ejus veneant* (1) ». On a essayé de donner d'autres explications de l'expression *se defendendo*; on a dit par exemple que cela faisait allusion à l'hypothèse d'un débiteur qui, après avoir fait cession, chercherait à établir la nullité ou le mal fondé du titre invoqué contre lui. Il se peut que ce soit un moyen d'éviter la vente des biens cédés, mais il est certain que le moyen le plus simple et le meilleur d'empêcher cette vente est de désintéresser les créanciers.

(1) 5 Dig. XI II 3.

§. II. — Qui peut faire cession de biens

Il est incontestable que la cession de biens ne peut être obtenu que par le débiteur *judicatus* ou *confessus in jure*. Le double but de la *bonorum cessio* est en effet d'empêcher la note d'infamie, conséquence de la *bonorum venditio* ordinaire, et surtout la contrainte par corps qui ne peut résulter que d'une *condemnatio* ou d'une *confessio in jure*. De l'objet même du bénéfice, nous tirons l'existence de cette première condition.

Une seconde condition, c'est de posséder des biens, cela nous semble évident et toute démonstration nous paraît inutile. Toutefois Justinien, dérogeant à ce principe, permit aux fils de famille de faire cession de biens quand ils avaient des biens dans leur pécule, ou même quand ils n'avaient pas de biens, en autorisant les créanciers à faire vendre les biens qu'ils acquerraient par la suite (1).

Faut-il exiger une troisième condition, la bonne foi du débiteur ? La question est très controversée. Dans notre Code Civil, la question a été nettement tranchée. L'article 1268 est formel, la cession de biens est « un bénéfice que la loi accorde au débiteur malheureux et de bonne foi ». En était-il de même à Rome ?

On a invoqué pour soutenir l'affirmative trois arguments principaux : deux de textes, un de raison.

Le premier argument de texte se tire d'un passage où Aulugelle fait dire au jurisconsulte *Sextus Cecilius* : « *Addici nunc et vinciri multos videmus* » (2). Or, comment expliquer qu'une contrainte par corps ait été exercée sur tant de débi-

(1) 7 Cod. VII. 7.

(2) *Nuits attiques*, XX. 1.

teurs, s'il leur avait été possible de recourir à la cession de biens pour y échapper ? Il faut donc admettre qu'une importante catégorie de débiteurs se trouvait exclue de ce bénéfice : ce ne pouvaient être que les débiteurs de mauvaise foi.

Le second texte plus important, plus décisif, se trouve au Code Théodosien. C'est une constitution des empereurs Gracien, Valentinien et Théodose : « *Ne quis omnino fisci debitor, vel alienæ rei in auro atque argento diversisque mobilibus retentator ac debitor, bonorum faciens cessionem liberum a repetitione plenissima nomen effugiat, sed ad redhibitionem debitæ quantitatis, congrua atque dignissima suppliciorum acerbitate cogatur. Nisi forte propriorum dilapidationem bonorum aut latrociniiis adrogatam, aut naufragiis incendioque conflata vel quolibet majoris impetus infortunio atque dispendio, docuerit afflictum.* » (1) Ce texte, on le voit suppose une cession de biens faite par un débiteur malheureux et de bonne foi.

Enfin l'argument de raison est aisé à comprendre, il s'agit d'un bénéfice, peut-on l'accorder au débiteur de mauvaise foi ? Evidemment il faut le réserver aux débiteurs qui méritent plus particulièrement la faveur du législateur, aux débiteurs de bonne foi.

Malgré ces arguments, qui ne sont pas sans force, il ne nous semble pas possible d'admettre cette opinion dont les arguments peuvent être assez facilement réfutés.

On s'étonne de ce qu'un jurisconsulte, au témoignage d'Aulu-Gelle, ait constaté la fréquence de la contrainte par corps ; on prétend ne pouvoir expliquer ce fait qu'en admettant à la cession de biens les seuls débiteurs de bonne foi.

(1) C. 1. Code Théodosien, qui ex lege Julia bon. ced.

Mais n'avons-nous pas indiqué une condition indispensable pour que le débiteur puisse faire cession de biens : c'est qu'il ait des biens. N'est-ce pas exclusion de ce bénéfice une classe de citoyens toujours trop nombreux, et n'est-ce pas d'eux que parlait le jurisconsulte *Sextus Cecilius* ?

L'argument de raison, en apparence très simple, est réduit facilement à néant. Si le débiteur qui a fait cession de biens ne devient pas *infamis*, ce n'est pas non plus pour lui un titre de gloire, et s'il n'y a contre lui aucune déchéance juridique, il y a toujours une sorte de flétrissure ; absolument comme dans notre droit moderne pour le commerçant qui n'échappe à la déclaration de faillite que par un arrangement avec ses créanciers. Cela est si vrai que Justinien (1) permet au débiteur de bonne foi que des malheurs imprévus ont ruiné, d'éviter la cession de biens et de contraindre ses créanciers à se contenter d'un serment fait sur l'Évangile, affirmant qu'il est pour le moment dans l'impossibilité de payer ses dettes. Si Justinien trouve nécessaire de créer un nouveau bénéfice en faveur des débiteurs de bonne foi, c'est donc que la cession de biens n'était pas uniquement réservée à ceux-ci.

Reste l'argument le plus puissant du système adverse, le texte du Code Théodosien. Mais n'est-il pas permis de douter du sens général à donner à ce texte, surtout en présence de la manière dont il débute ? « *Ne quis omnino fisci debitor* ». Il semble bien qu'il n'a eu en vue qu'un cas tout spécial, celui d'un débiteur du fisc. Ensuite, il est vrai, le texte parle d'un *retentator rei alienæ*, ce qui paraît s'appliquer à toute espèce de débiteur ; mais le commencement du texte, qui indique évidemment la pensée fondamentale du législateur,

(1) Nov. 135. *Ne quis bonis cedere cogatur*.

le but, l'idée mère de la décision, puis une phrase du milieu du texte qui fait allusion à un supplice tout particulier infligé au cas de non paiement de ces sortes de dettes, « *Congrua ac dignissima suppliciorum acrebitate* », nous paraissent convainquants pour décider que le texte en question vise une hypothèse toute particulière. Et nous nous rangerons volontiers à l'opinion qui dans les mots « *retentator alienæ rei* », voit une allusion à un officier chargé de recouvrer les dettes du fisc, de saisir les biens du débiteur et de les vendre ; ce qui concorderait absolument avec notre interprétation de ce texte (1).

Il est enfin en faveur de notre opinion un argument décisif. S'il est vrai que le débiteur malheureux et de bonne foi peut seul être admis au bénéfice de la cession de biens, comment se fait-il que dans toute l'énorme compilation de Justinien, ni au Digeste, ni au Code, rien, pas un texte, pas une phrase incidente, pas un mot, ne fasse allusion à une aussi importante restriction quant au nombre des débiteurs admis à ce bénéfice ? Il nous semble évident que si cette troisième condition eût été requise, on l'eût trouvée mentionnée en tête de tous les titres, tant au Digeste qu'au Code, qui traitent de la cession de biens. Leur silence, à cet égard, est pour nous aussi concluant qu'un texte.

A côté de la cession de biens, nous pouvons indiquer un moyen offert au débiteur d'éviter le *bonorum venditio*. Ce bénéfice est une sorte de concordat par lequel les créanciers pouvaient accorder un délai de cinq ans au débiteur pour s'acquitter au lieu de liquider immédiatement un patrimoine insuffisant qui pouvait prospérer dans la suite entre les mains d'un débiteur malheureux plutôt que coupable.

(1) GODEFROY, cité par Tambour, et Tambour. p. 132.

Le prince intervenait personnellement sur la demande du débiteur ; si la situation de celui-ci paraissait digne de cette faveur, il rendait un rescrit permettant aux créanciers d'accorder délai à leur débiteur. Les créanciers se réunissaient alors en assemblée délibérante. L'option avait lieu à la majorité, non des créanciers, mais du montant des créances représentées par les votants. En cas d'égalité quant au montant des créances la majorité des votants l'emportait. Si les créanciers se divisaient exactement quant à la somme et quant au nombre le délai l'emportait comme étant *humanius sententia* (1). Ce rescrit, cette assemblée des créanciers, ces votes rappellent beaucoup la procédure de notre concordat. (Article 507 du Code de Commerce).

SECTION IV

VENTE DES BIENS D'UN MORT

On comprend aisément que lorsqu'une succession n'est transmise à aucun héritier qui en accepte les charges, le préteur devait prononcer au profit des créanciers l'envoi en possession des biens qui la composaient et en autoriser la vente, seul moyen d'arriver à la liquidation du patrimoine du *de cuius* dont l'insolvabilité était rendue évidente par l'absence de tout héritier. Un curateur était nommé qui procédait à la vente.

Nous verrons, dans le chapitre consacré aux effets de la *bonorum venditio*, les conséquences de cette vente et l'infamie qui en résultait. Le fils de famille, *heres suus et necessarius*,

obtint le bénéfice d'abstention qui lui permit d'échapper au déshonneur de la vente qui était poursuivie contre lui. L'esclave eut plus tard un bénéfice spécial, celui de séparation.

Nous voulons seulement indiquer ici la situation faite au fisc, qui est appelé à recueillir, à défaut de tout autre héritier légitime ou prétorien, les successions en dés hérérence.

L'acceptation par le fisc d'une succession vacante ou répudiée par les héritiers auxquels elle était dévolue n'avait pas pour effet de faire de lui un héritier ni même un *bonorum possessor*. Le fisc ne succède pas à la personne mais seulement aux biens, il n'est appelé à vrai dire qu'à recueillir, s'il existe, l'excédant de l'actif sur le passif (1). Les créanciers doivent donc en pareil cas demander au prêteur l'envoi en possession et poursuivre la vente du patrimoine du défunt, de façon à en tirer le meilleur parti possible.

Les créanciers pouvaient aussi poursuivre la *bonorum venditio* à l'encontre d'un héritier suspect : il faut entendre par là celui qui refuse de donner caution. Toutefois lorsque l'héritier est pauvre, mais de bonne foi, et que c'est à raison de sa pauvreté qu'il ne peut fournir caution, on ne saurait poursuivre contre lui la vente du patrimoine du défunt, et le prêteur devrait refuser l'envoi en possession. Il n'accordera aux créanciers cet envoi que si l'héritier se rend véritablement suspect, par exemple s'il commet des détournements d'objets mobiliers ou se livre à des agissements dolosifs (2).

(1) AGGARIAS. Précis de droit romain 2^e vol. p. 149, 150. L. 2. Dig. XLIX. 14.

(2) L. 31. Dig. XLII. 5.

CHAPITRE III

DE LA PROCÉDURE DE LA BONORUM

Nous venons de voir les cas d'application de la *bonorum venditio* et par là même les plus importants de l'envoi en possession *rei servandæ causa*.

Cet envoi en possession marque dans la procédure de la *bonorum venditio* une première phase. La procédure de la *missio in possessionem* n'offre en elle-même rien de particulier et nous retiendrait peu, si nous n'avions ici à examiner les principaux effets que produisait cet envoi en possession, les biens sur lesquels il portait, les droits qu'il conférait aux créanciers, le mode d'administration du patrimoine pendant la période souvent assez longue comprise entre l'envoi en possession et la vente, les créanciers au profit de qui le prêteur prononçait l'envoi en possession, et s'il ne nous fallait aussi indiquer brièvement le rôle particulier de la *missio in possessionem* quand elle n'était pas suivie de vente. Ces développements seront l'objet d'une première section. Dans une seconde, nous verrons la procédure de la *bonorum venditio* proprement dite, les mesures de publicité prescrites pour assurer à tous les intéressés le maximum de garantie et le mode suivant lequel il était procédé à la vente.

SECTION PREMIÈRE

DE LA MISSIO IN POSSESSIONEM REI SERVANDÆ CAUSA

Dans cette section, nous aurons à examiner.

1^o La procédure suivie pour obtenir du prêteur l'envoi en possession.

2^o Les créanciers qui peuvent l'obtenir et ceux à qui il profite.

3^o Les biens compris dans l'envoi.

4^o Les effets de la *missio in possessionem*.

5^o L'administration du patrimoine saisi tant que dure l'envoi en possession.

6^o Les causes qui mettent fin à cet envoi.

7^o Le rôle particulier de la *missio in possessionem* en tant que voie d'exécution spéciale et indépendante de la vente.

§ 1. — Procédure de la *missio in possessionem*

Le créancier, même muni d'un jugement rendu contre son débiteur, ne pourrait agir de sa propre autorité contre lui et s'emparer de ses biens : il s'exposerait à l'action *furti* ou à l'action *vi bonorum raptorum* (1).

Pour obtenir l'envoi en possession, il devait s'adresser au magistrat et lui demander un décret.

La question de savoir si l'envoi en possession donnait lieu à une *cognitio causæ* est très controversée. Les uns soutiennent que, dans tous les cas, le magistrat ne devait statuer sur la demande des créanciers que *cause cognita* ; d'au-

(1) L. 6. § 2. Dig. XLII.1.

tres prétendent que dans un grand nombre de cas il statuait *de plano*. Dans certaines hypothèses, les textes nous apprennent que le préteur devait, avant de délivrer son décret, examiner l'affaire (1). Faut-il voir là des dérogations à la règle qui serait de statuer *de plano* ? Sont-ce, au contraire, des cas d'application du principe général de la *cognitio causæ*.

Nous pensons, qu'en principe, le préteur ne devait jamais prononcer un décret aussi important que celui qui déssaisit un individu de ses biens pour en donner la possession à ses créanciers sans prendre connaissance de l'affaire, sans se livrer à un examen suffisamment sérieux de la cause. Sans doute, lorsque les créanciers se présentaient devant lui munis d'un jugement, l'examen de la cause se trouvait réduit au simple vu de ce jugement ; encore le préteur devait-il constater que le jugement avait été rendu entre les parties en cause et n'était pas entaché de quelque nullité le rendant sans valeur.

Nous ne voyons guère qu'un cas où tout examen de la part du préteur devenait inutile et où son décret n'était en quelque sorte qu'une homologation ; c'est le cas où le débiteur avait fait cession de biens à ses créanciers. Dans cette hypothèse on ne comprendrait pas, puisque sous le système formulaire la cession devait être faite *in jure*, que les créanciers eussent été obligés de comparaître de nouveau devant le préteur et de lui adresser une demande à laquelle le débiteur lui-même n'aurait pu s'opposer.

De ce que nous admettons qu'il y avait en règle générale *causæ cognitio* nous tirerons un certain nombre de conséquences.

(1) L. 48 Dig. VIII, 5 — c. 9 Cod. VII. 72.

Le magistrat ne pouvait pas statuer sur la demande d'envoi en possession par une simple ordonnance sur requête, *per libellum de plano*. L'envoi en possession devait être prononcé dans un décret rendu par le préteur siégeant *pro Tribunali* (1) et par suite un jour faste, le préteur ne tenant point d'audience les jours néfastes. Quand à la distinction des jours fastes et néfastes eut succédé celle des jours fériés ou non fériés, on s'accorda pour décider que les actes d'exécution, et par suite l'envoi en possession, ne pourraient intervenir que les jours non fériés.

Quel était le magistrat chargé d'examiner les demandes d'envoi en possession ? La *missio in possessionem* rentre plutôt dans *l'imperium* que dans la *jurisdictio* : elle ne peut être prononcée que par le magistrat supérieur (2). Ce magistrat n'a pas été le même à toutes les époques, il variait aussi suivant les pays où la demande était formée. Sous la République, c'était à Rome le préteur. En Italie, dans les municipes, ce pouvoir appartenait aux décemvirs (3) ; dans les villes non municipes, cela rentrait dans les attributions du Préfet venu de Rome. Sous l'Empire, c'est à Rome le *prefectus Urbi* et au-dessous de lui, le préfet du prétoire. En Italie, ce sont des magistrats dont le nom a varié avec les différents empereurs ; dans les provinces, les gouverneurs. Enfin, au temps des empereurs chrétiens, nous voyons l'Empire divisé en quatre grandes préfectures dont les titulaires dominant par leur situation les magistrats que nous avons nommés pour la période antérieure.

Si les biens soumis à l'envoi en possession étaient situés dans des lieux de juridiction différente, un seul décret suffi-

(1) L. 71. Dig. L. 17.

(2) L. 4 Dig. II. 1.

(3) Lex Rubria de Gallia Cisalpina XXI. XXII.

sait-il, ou devait-on en provoquer plusieurs ? Malgré un texte de Paul (1), il nous semble qu'un seul décret devait suffire. C'est une conséquence du principe même de la *bonorum venditio*. Du moment qu'on admet que la vente se fait *per universitatem*, du moment que c'est la vente en bloc du patrimoine tout entier qui sera la conséquence ordinaire et normale de l'envoi en possession, il faut décider qu'un seul décret doit prononcer cet envoi pour tous les biens composant le patrimoine du débiteur, même si ces biens sont situés dans des lieux qui ressortissent de magistrats différents. Ce décret était rendu par le magistrat du domicile du débiteur, c'était aussi au domicile du débiteur qu'il était procédé à la vente (2).

Avant d'accorder l'envoi en possession, le magistrat doit, nous l'avons établi, examiner l'affaire. Il constatera notamment si les délais prescrits par la loi ont été observés, ce qui n'est pas sans importance ; il se peut que ce soit justement au moment où le délai va expirer que le débiteur fasse un suprême effort pour éviter la *bonorum venditio* et ses déchéances et désintéresser ses créanciers.

Le délai à observer était surtout important lorsque la *missio, in possessionem*, préliminaire à la *bonorum venditio*, était dirigée contre un *judicatus* ou un *confessus in jure*. Ce délai de trente jours à l'origine, porté ensuite à deux, puis à quatre mois, suspendait complètement toute exécution (3) ; Justinien admit même qu'il suspendait le cours des intérêts (4).

(1) L 12 § 1 Dig. XLII. 5.

(2) L 1. Dig. XLII. 5.

(3) L. 7. Dig. XLII. I.

(4) C. 2 et 3. Cod. VII. 54.

§ II. — Des créanciers qui peuvent obtenir l'envoi en possession et de ceux qui en profitent

Nous savons déjà qui pouvait demander la *bonorum venditio*. Il est évident que tous les créanciers que nous avons admis à user de la *bonorum venditio* sont admis aussi à demander la *missio in possessionem*, préliminaire nécessaire de notre voie d'exécution.

Certains individus peuvent être admis à la *missio in possessionem* sans que la *bonorum venditio* puisse leur être accordée. C'est notamment ce que nous avons vu à propos de *l'indefensio* ; souvent l'envoi en possession est un moyen de contraindre *l'indefensus* à comparaître en justice. Nous accorderons encore le droit de demander la *missio in possessionem* au créancier conditionnel ou à terme, alors qu'un texte très formel leur refuse de provoquer la *bonorum venditio*. Car si les mesures d'exécution ne sont ouvertes qu'aux créanciers dont la créance est exigible, une simple créance éventuelle suffit pour autoriser les mesures conservatoires (1).

Lorsqu'un créancier a obtenu le décret de *missio in possessionem*, ce décret ne profite pas qu'à lui seul, il profite à tous les créanciers. « *Cum creditores rei servandæ causa in possessionem mittentur, is qui possidet, non sibi, sed omnibus possidet* (2) ». Un autre texte est plus précis encore s'il est possible : « *Quæritur, utrum solus is, qui petit, possidere potest ? An cum unus petit et prætor permisit omnibus creditoribus aditus sit ? et commodius dicitur cum præ-*

(1) V. en ce sens l'étude de la condition, cours de Pandectes de M. Lederlin, 1891-1892.

(2) L. 5. §. 2. Dig. XXXVI. 4.

tor permiserit, non tam personæ solius petentis quam creditoribus et in rem permissum videri (1) ».

C'est l'un des caractères essentiels de la *bonorum venditio* et de la *missio in possessionem* voies d'exécution différentes des saisies de notre droit moderne qui ne profitent, en principe, et sauf aux autres créanciers à intervenir en temps utile, qu'à celui qui les a opérées.

§. III. — Quels biens sont compris dans l'envoi

L'envoi en possession était général; il portait sur tous les biens composant le patrimoine du débiteur. Par définition la *bonorum venditio* s'étendait à tout le patrimoine; il en était évidemment de même de la *missio in possessionem* qui la précédait.

Sous le système formulaire, même lorsque la condamnation mettait fin à une action réelle, l'envoi en possession n'était pas limité à l'objet du procès. Le juge en effet ne pouvait condamner à la chose elle-même: il condamnait à une certaine somme d'argent représentant l'intérêt que le demandeur avait eu à intenter l'action; et c'est pour l'exécution de cette condamnation pécuniaire que le demandeur ayant triomphé en justice obtenait l'envoi en possession et la vente du patrimoine tout entier.

Toutefois on ne considérait à ce point de vue comme faisant partie du patrimoine que les biens. « *Quæ tenenti ac possideri possunt*. On exceptait de l'envoi en possession et de la vente certains droits intransmissibles ou attachés à la personne, notamment les droits de puissance

(1) L. 12 pr. Dig. XLII. 5.

paternelle ou maritale (1) et aussi certains biens présentant pour le débiteur saisi une valeur toute particulière, comme par exemple les statues qui avaient été élevées en son honneur (2).

Ces deux exceptions d'ailleurs peu importantes confirment, de la façon la plus éclatante, la règle de l'universalité de l'envoi en possession.

§ IV. — Effets de la *missio in possessionem*.

Nous devons envisager les effets de l'envoi en possession à deux points de vue : 1^o Quels droits donne-t-il aux créanciers. 2^o Quelles conséquences entraîne-t-il pour le débiteur ?

Effets quant aux créanciers.

Il est certain que le décret du prêteur prononçant l'envoi en possession n'avait pas pour résultat de rendre les créanciers propriétaires (3). Il ne leur conférait même pas, malgré l'expression de *missio in possessionem*, la possession au sens véritable de ce mot, ils ne peuvent usucaper (4), ils ne peuvent même pas, au dire d'Ulpien, intenter l'intérêt *uti possidetis* et ce jurisconsulte nous en donne le motif *Quia non possident* (5). Ils sont détenteurs à titre précaire, ils ont un droit de garde, un droit d'administration dont nous verrons plus loin l'exercice et un droit de gage particulier le *pignus prætorium*.

(1) L. 58 Dig. XLII. 5. L. 8. Dig. XX. I.

(2) L. 29. Dig. XLII 5.

(3) C. 6. Cod. VII. 72.

(4) C. 8. Cod. eod. tit.

(5) L. 3 § 8. Dig. XLIII. 17.

Si les créanciers envoyés en possession n'avaient ni droit de propriété, ni même possession, encore fallait-il au moins qu'ils eussent un moyen légal, une voie de droit pour faire respecter le droit que leur donnait le prêteur. Ils avaient dans ce but un interdit particulier, l'interdit *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* (1).

Cet interdit n'était pas spécial à la *missio in possessionem rei servandæ causa* : il était accordé d'une façon générale toutes les fois qu'il y avait de la part du prêteur envoi en possession à un titre quelconque. Aussi considérons-nous qu'il ne rentre point dans le cadre de notre sujet.

Nous remarquerons simplement que, malgré le nom qui lui avait été donné, *ne vis fiat...*, il n'était pas nécessaire pour qu'on pût l'employer qu'il y eût eu violence commise. Ulpien nous dit, en effet ; *Nec exigitur ut vi fecerit qui prohibuit* (2). Toutefois on ne pouvait l'employer contre celui qui, de bonne foi, s'était opposé à la mise en possession, croyant que la chose lui appartenait ou du moins n'appartenait pas au débiteur saisi (3). Cet interdit faisait obtenir à celui qui l'intentait une condamnation dont le montant s'estimait d'après l'intérêt qu'il avait à ne pas être troublé dans sa détention. D'où il suit que si l'envoyé en possession n'était pas réellement créancier, il pouvait être repoussé par une exception : l'intérêt manquait chez lui (4). L'action intentée sur l'interdit avait un caractère pénal, *ab uno latere*, elle était donc annale, elle ne subsistait après l'année ou contre les héritiers que *in id quod pervenerit*.

Nous avons dit que le droit des créanciers consistait avant

(1) Cet interdit est l'objet du tit. IV, liv. XLIII du Digeste.

(2) L. 1 § 3 Dig. XLIII, 4.

(3) L. 1 § 4. eod. tit.

(4) L. 1 § 5. eod. tit.

tout en un droit de garde, en un droit de détention. La détention portait sur tout le patrimoine du débiteur saisi, non seulement sur les biens, meubles ou immeubles corporels, mais encore sur les biens incorporels, droits ou créances. Il en résulte que l'envoi en possession et le droit de garde qui en était la conséquence pouvaient avoir lieu quand bien même il ne se serait rien trouvé dans le patrimoine du débiteur sur quoi pût porter une détention matérielle.

Le droit essentiel et caractéristique conféré aux créanciers est le *pignus prætorium* (1) qui s'étend aussi à tous les biens corporels et incorporels du débiteur. Ce *pignus prætorium* ne donne aucun droit de préférence aux créanciers qui ont obtenu l'envoi en possession ; tous viennent avec un droit égal. On peut dire, en se servant de termes modernes, que le *pignus prætorium* est accordé non à chaque créancier individuellement, mais à la masse. Confèrait-il aux créanciers un droit de suite ? La question avait longtemps été controversée. Justinien nous apprend qu'elle a été définitivement tranchée dans le sens le plus favorable aux créanciers : ils peuvent recouvrer la possession qu'ils auraient perdu même par leur faute (2).

Effets quant au débiteur.

Pour le débiteur l'effet principal de l'envoi en possession est le dessaisissement général qui le frappe, qui lui enlève l'administration et la disposition de ses biens. Sans doute ce dessaisissement n'est que provisoire et ne porte que sur la

(1) L. 26 Dig. XIII. 7.

(2) C. 2. cod. VIII. 22.

détention et l'administration. Le débiteur reste propriétaire de ses biens, titulaire des droits et actions.

Mais il en a entièrement perdu la jouissance et la disposition. Ce sont ses créanciers qui détiennent les biens : les aliénations qu'il ferait seraient révocables, ou bien les créanciers reprendraient les biens vendus grâce au droit de suite que leur donne le *pignus prætorium*. A peine si, dans quelques cas particuliers, il est fait exception à la rigueur de ce dessaisissement; c'est par une faveur spéciale que le pupille qui, *indefensus*, a vu ses créanciers envoyés en possession de ses biens, reçoit les aliments qui lui sont nécessaires(1).

Une autre conséquence de la *missio in possessionem* à l'égard du débiteur, ce sont les déchéances qui l'atteignaient dans son honneur, dans sa considération. Si l'infamie ne résultait que de la *bonorum venditio*, l'envoi en possession portait déjà atteinte dans une certaine mesure à l'*existimatio* de celui qui en était l'objet. Ainsi toutes les fois qu'il était ensuite défendeur à une action il avait à fournir la *cautio judicatum solvi* : on le traitait comme suspect. (2) La *lex Julia municipalis* déclare exclus de certaines fonctions publiques ceux contre qui a été prononcée la *missio in possessionem*. Toutefois il y avait une exception en faveur de celui qui avait encouru cette condamnation comme pupille *indefensus* ou étant absent pour service public.

§ V — Administration du patrimoine saisi pendant l'envoi en possession.

En principe, c'était aux créanciers eux-mêmes qu'appartenait le droit d'administrer le patrimoine de leur débiteur

(1) 33 pr. Dig. XLII. 5. PAUL SENT V. 5. 5^b. §. 1.

(2) Gaius, comment. IV, § 102.

Mais le plus souvent ils déléguaient leurs pouvoirs à un curateur. Au cas où un seul créancier avait obtenu l'envoi en possession, il n'y avait aucun inconvénient à ce qu'il administrât lui-même ; il n'était pas tenu à la nomination d'un curateur. Il en était de même si plusieurs créanciers étaient tous d'accord. Mais la nomination d'un curateur était nécessaire quand il y avait désaccord entre les divers créanciers (1) ou quand il y avait lieu d'intenter des actions au nom du débiteur (2).

Le curateur choisi par la majorité des créanciers, était soit l'un d'eux, soit une personne étrangère (3) : ce choix était confirmé par le prêteur (4). Le créancier ou l'étranger nommé curateur pouvait refuser cette fonction.

Le curateur représente le débiteur ; c'est lui qui a tous les pouvoirs relatifs à son patrimoine. Il a, à titre utile, toutes les actions actives, de même qu'on exerce contre lui toutes les actions passives. Il prend toutes les mesures nécessaires à la conservation du patrimoine.

Le curateur représente en même temps la masse des créanciers et exerce leurs droits. Les créanciers se trouvent déjà obligés par ses actes « *Quæque per eum acta, facta, gesta que sunt, rata habebuntur* (5). » Cicéron nous rapporte (6) le passage même de l'édit qui posait les règles de l'administration du curateur ou des créanciers. « *Qui ex edicto meo in possessionem venerint, eos ita videtur in possessionem esse oportere : quod ibidem recte custodire pote-*

(1) L. 15 pr. Dig. XLII-5.

(2) L. 14. pr. eod. tit.

(3) L. 2 § 4. Dig. XLII. 7.

(4) L. 2. pr. et § 1. eod. tit.

(5) L. 2. § 1 Dig. XLII 7.

(6) Pro Quintio XXVII.

runt, id ibidem custodiant : quod non poterunt, id auferre et abducere licebit. Dominum invitum detrudere non placet. Ce texte établit très nettement deux règles. En principe l'administrateur, curateur ou créancier, ne doit pas déplacer les biens compris dans le patrimoine ; il n'en est autrement que si la garde, la surveillance rendent ce déplacement indispensable. D'autre part, on ne doit pas expulser par la violence le débiteur.

Il est certain aussi que le curateur, pour exercer le droit de garde qui appartient aux créanciers comme pour sauvegarder sa responsabilité, doit en prenant possession, constater l'état des biens, dresser un inventaire. Pour cela il peut se livrer à toutes les constatations, à toutes les investigations qui seraient de nature à lui faire connaître la situation du patrimoine, l'importance des biens du débiteur, il peut vérifier ses comptes pour se mettre au courant de ses affaires, exiger communication de tous ses titres et papiers. Labéon ne lui accordait qu'une seule fois la faculté de procéder à ces recherches ; mais Ulpien n'hésitait pas à lui accorder cette faculté aussi souvent que cela pouvait être nécessaire, pourvu que ces investigations dans les affaires du débiteur ne fussent pas dictées par un esprit de chicane (1).

Les créanciers, s'ils exercent eux-mêmes leur droit d'administration, ou le curateur, dans le cas contraire, ont non seulement le droit, mais le devoir, de faire valoir le patrimoine dont la possession leur a été donnée. Ils doivent notamment percevoir les fruits, à charge d'en rendre compte. Ils peuvent louer les biens qui n'ont pas été donnés à bail par le débiteur ; leur droit d'affermier ces biens n'a pas de limites et le bail passé par les créanciers sera maintenu quel que

(1) L. 15 pr. et § 1. Dig. XLII. 5.

longue qu'en soit la durée, pourvu qu'il n'y ait pas eu dol de leur part (1).

Lorsque l'administration cesse, il y a lieu à une reddition de compte de la part de l'administrateur. Nous verrons dans un paragraphe ultérieur que l'envoi en possession prend fin, soit parce que le débiteur reprend ses biens, soit parce qu'il est procédé à la vente. Dans ces deux cas, le curateur doit compte de sa gestion ; dans le premier cas, ce compte sera rendu au débiteur ; dans le second, au *magister bonorum vendendorum* ou aux créanciers. Pour obtenir ce règlement, le prêteur donnait une action *in factum*. Voici d'ailleurs quelle était à ce sujet, la disposition de l'édit.

« *Si quis cum in possessione bonorum esset, quod ex nomine fructus ceperit ei ad quem ea res pertinet non restituat : sive quod impensæ sine dolo malo fecerit, ei non præbitur : sive dolo malo ejus deterior causa possessionis facto esse dicetur : de ea re judicium in factum dabo* (2). »

De ce texte, il nous est facile de déduire les divers éléments du compte.

1° L'administrateur doit porter en recettes tous les fruits et même d'une façon plus générale tous les produits du patrimoine, tout ce qu'il a reçu en tant qu'administrateur, « *Omne quod ex bonis debitoris ad eum pervenit* (3) ».

Il doit compte non seulement de ce qu'il a perçu, mais encore de ce qu'il aurait dû percevoir. C'est ainsi que s'il a négligé de récolter des fruits ou d'affermier un bien, on

(1) L. 8 § 1. 2 et 3. eod. tit.

(2) L. 9, pr. eod. tit.

(3) L. 14. § 1. eod. tit.

aura une action contre lui jusqu'à concurrence de la somme ainsi perdue (1).

Il répond des dégradations qu'il a commises ou laissé commettre sur les biens qui lui étaient confiés. Toutefois la responsabilité du curateur ou des créanciers ne comprend pas toutes les fautes et négligences ; ils ne sont responsables qu'au cas de dol ou de faute lourde toujours assimilée au dol. Et à ce point de vue, leur situation est meilleure que celle du créancier gagiste à l'égard de l'objet qu'il a reçu en gage (2).

2° En sens inverse, au compte des dépenses, l'administrateur portera toutes les sommes qu'il a dû déboursier, tous les frais qu'il a dû avancer à l'occasion de sa gestion, pourvu toutefois qu'il ait agi *sine dolo malo*. Toutes les dépenses faites de bonne foi par l'administrateur doivent s'imputer sur le patrimoine administré.

Tels sont les éléments du compte. Balance faite, le prêteur donne à celui que le compte constitue créancier une action *in factum* contre celui qui se trouve constitué débiteur. C'est une action reipersécutoire ; c'est l'intérêt du demandeur qui en est la mesure, et son but est de faire sortir du patrimoine du défendeur une valeur qui y figure à tort. Cette action est perpétuelle, transmissible aux héritiers du demandeur et contre les héritiers du défendeur.

Cette action change de caractère quand elle est fondée sur le dol du curateur qui a volontairement, de mauvaise foi, diminué le patrimoine qui lui était confié. Elle devient alors pénale *ab uno latere* ; il s'en suit qu'elle est annale et qu'elle ne peut être donnée contre les héritiers du défendeur que *quatenus ad eos pervenit* (3). Mais même dans ce cas elle

(1) L. 9, §. 6. eod. tit.

(2) L. 9. §. 5. eod. tit.

(3) LL. 9. §. 8 et 10. eod. tit.

conserve son caractère réipersécutoire à l'égard du demandeur et passe par suite à son héritier (1).

Lorsque, au cas de vente, le curateur rend compte aux créanciers ou au *magister bonorum vendendorum*, leur mandataire, ceux-ci peuvent agir contre lui par d'autres actions que l'action *in factum*. Si le curateur n'a pas été choisi parmi les créanciers, ceux-ci ont, suivant qu'il a été nommé avec ou sans leur participation, l'action de mandat ou l'action de gestion d'affaires; le curateur pouvait exercer contre eux, s'il y a lieu, l'action contraire. Si le curateur a été choisi parmi les créanciers, l'action de mandat sera possible : mais il ne pourrait y avoir action de gestion d'affaires, car en gérant le patrimoine le créancier curateur agissait dans l'intérêt commun et non dans l'intérêt d'autrui (2).

Le compte est rendu *ei ad quem ea res pertinet*, dit l'édit. Cette expression générale désigne soit le débiteur lui-même, soit le *magister bonorum vendendorum*, mandataire des créanciers chargé de procéder à la vente.

C'est le débiteur lui-même lorsqu'il fait cesser l'envoi en possession en payant la dette qui allait entraîner contre lui la *bonorum venditio*; ou bien *indefensus* en comparaisant en justice. C'est le *magister vendendorum bonorum* lorsque, les délais expirés, les créanciers, poussant jusqu'au bout l'exécution commencée par l'envoi en possession, poursuivent la *bonorum venditio*.

Signalons enfin que parfois on nommait plusieurs curateurs; en ce cas ils étaient solidairement responsables de leur gestion. Cependant il n'y avait pas solidarité lorsque chaque curateur avait à administrer une portion bien distincte du patrimoine.

(1) L. 11. eod tit.

(2) L. 9. § 4. in fine cod. tit.

§ VI. - Comment l'envoi en possession prend fin

L'envoi en possession prend fin, sans qu'il y ait lieu de s'inquiéter de la cause pour laquelle il a été prononcé, lorsque les créanciers y renoncent. L'envoi cesse aussi lorsque le débiteur fait prononcer la nullité de l'envoi en possession. C'est un procès de ce genre que plaидait Cicéron quand il prononça son discours *Pro Quintio*. Publius Quintius était absent, quand, sans motif plausible, Navius se fit envoyer en possession de ses biens. Cicéron soutint que la *missio in possessionem* était nulle, et Aulugelle nous apprend qu'il obtint gain de cause (1). Lorsque l'envoi prenait fin par suite d'un jugement en prononçant la nullité, tous les effets qu'il avait pu produire tombaient; le débiteur recouvrait intacte son *existimatio* qui devait être réputée n'avoir jamais été atteinte.

Obtenu pour l'exécution d'un jugement ou d'une *confessio in jure* l'envoi en possession cessait si le débiteur exécutait sa condamnation, payait sa dette.

Si la *missio in possessionem* a été prononcée contre un *indefensus*, celui-ci a un moyen très simple de la faire cesser, c'est de comparaître en justice, de venir présenter sa défense. Un tiers même peut intervenir à sa place, et l'envoi en possession cesse de même, car la cause de l'envoi disparaît. En ce cas que ce soit l'*indefensus* lui-même ou un tiers pour lui qui vienne défendre à la cause, ils doivent fournir la *cautio judicatum solvi*.

Cependant il y avait à l'obligation de fournir caution une dérogation; celui qui, incapable, a vu la *missio in pos-*

(1) Nuits attiques XV. 28.

sionem prononcée à l'égard de ses biens peut, devenu capable, faire cesser l'envoi en possession en se défendant et il n'est pas obligé de fournir caution (1).

Enfin l'envoi en possession cesse, c'est même la solution normale, par la *bonorum venditio*.

§ VII. — De la *missio in possessionem* considérée comme mesure distincte de la *bonorum venditio*

La *missio in possessionem*, telle que nous venons de l'étudier dans cette section, nous apparaît comme une mesure préparatoire à la *bonorum venditio*. Elle n'avait pas toujours ce caractère ; dans certains cas que nous avons déjà signalés, l'envoi en possession constituait à lui seul une mesure distincte, indépendante de toute idée de *bonorum venditio*. Considéré à ce point de vue, il ne rentre pas dans le cadre de cette étude consacrée uniquement à la vente en masse du patrimoine ; aussi nous contentons-nous de signaler ce rôle particulier de la *missio in possessionem*.

SECTION II

DE LA BONORUM VENDITIO PROPREMENT DITE

La *missio in possessionem* obtenue, la *bonorum venditio* n'était pas encore possible. Une première partie de l'instance seulement était accomplie ; il fallait suivre, pour arriver à la vente, une procédure qui est incontestablement l'une des plus remarquables qu'aient organisées les Romains.

La *bonorum venditio* ne pouvait être poursuivie qu'après

(1) L. 5 § 2 et 3. Dig. XLII. 4.

que la *missio in possessionem* avait duré un certain temps. Ce délai variait suivant que le patrimoine à vendre était celui d'un mort ou celui d'un vivant. Les créanciers d'un défunt pouvaient poursuivre la vente aussitôt que quinze jours s'étaient écoulés depuis l'envoi en possession ; relativement aux biens d'un vivant, la durée de ce délai était double, soit trente jours (1).

A l'expiration de ce délai de trente ou de quinze jours, les créanciers devaient de nouveau s'adresser au prêteur et lui demander l'autorisation de nommer un *magister* qui procéderait à la vente. On a soutenu que ce *magister* n'était autre que le curateur chargé de l'administration du patrimoine pendant l'envoi en possession. Nous ne partageons pas cette manière de voir. Il se peut qu'en fait fort souvent on désignât comme *magister* celui qui venait d'exercer les fonctions de *curator* ; mais, en droit, ce sont là deux fonctions bien distinctes (2).

Il est facile de signaler des différences qui marquent bien la séparation des deux rôles.

1° Le curateur avait pour mission d'administrer les biens dont le débiteur se trouvait dessaisi. Le *magister* était nommé pour les vendre (3).

(1) Nous pensons devoir présenter ici une triple observation concernant d'une façon générale tous les délais de cette procédure : 1° Il était de règle que les délais relatifs aux biens d'un débiteur vivant fussent toujours doubles de ceux qu'on devait observer au cas de vente des biens d'un mort. — 2° La raison de la série de délais que nous allons trouver ici, délais analogues à ceux que nous avons vus dans la procédure de la *manus injectio*, se puise dans l'intérêt du débiteur ; on veut lui donner le temps de se procurer les ressources nécessaires pour empêcher la vente en payant sa dette, on veut lui permettre de défendre au procès, on veut aussi que ses parents, ses amis puissent avoir connaissance de la situation critique où il se trouve et venir à son secours. — 3° Les divers délais que nous indiquons doivent toujours s'entendre comme délais *minimi* ; ils pouvaient toujours être prolongés sur la demande du débiteur.

(2) TAMBOUR, p. 186 et suiv. ; ACCARIAS, t. II, p. 172.

(3) GAIUS, comment. III §. 79.

2° Le curateur, choisi par les créanciers, devait être confirmé par le préteur. Le *magister*, au contraire, était nommé par les créanciers eux-mêmes et n'avait pas besoin de la confirmation du magistrat. C'est ce qui résulte très nettement de la paraphrase de Théophile. « *Unum ex ipsis diligebant (creditores) qui magister dicebatur...* », sans faire aucune allusion à une intervention quelconque du préteur.

3° Le curateur, nous l'avons vu, pouvait être une personne autre qu'un créancier. Le *magister*, au contraire, devait être choisi parmi les créanciers.

Il y avait lieu aussi de procéder à une *proscriptio*, c'est-à-dire à une apposition d'affiches. Mais une controverse intéressante s'élève tant sur le moment où devait se faire cette *proscriptio* que sur son but.

Nous sommes, en effet, en présence de textes contradictoires. Gaius (1) semble exiger que les affiches soient apposées dès le début de la procédure. Théophile, au contraire, estime qu'elles n'étaient rédigées qu'après la nomination du *magister*.

Le texte de Gaius fournit à M. Giraud un argument très sérieux quand il dit que cette affiche avait pour but d'avertir les tiers du dessaisissement qui frappait le débiteur (2). Le passage de Théophile tendrait à prouver au contraire que la *proscriptio* aurait pour but d'annoncer la vente au public.

Nous nous rangeons à l'opinion de M. Giraud; elle concorde parfaitement avec l'idée que nous nous faisons de la nécessité de la production des créances avant la *lex bonorum vendendorum* sous peine de non admission à la ré-

(1) Comment. III. §. 79.

(2) GIRAUD, les *Nexi*, opinion rapportée par TAMBOUR p. 212.V.aussi ACCARIAS. N° 483.

partition. Théophile nous paraît avoir confondu la *proscriptio* et la *lex* : le texte qu'il nous donne de cette *proscriptio* nous en fournit la preuve : *Ille debitor noster in causam venum dationis incidit nos creditores patrimonium ejus distrahimus : quicumque emere velit adesto*. Ces termes nous semblent mieux convenir à la *lex* annonçant la vente.

Après cette publication, il y avait encore à se présenter une dernière fois devant le magistrat. « *Postea paucis diebus elapsis*, dit Théophile, *tertia quoque aditio fiebat, in qua permittebatur illis legem bonorum vendendorum facere*. » Les créanciers devaient donc, après avoir encore laissé passer un délai dont nous ne pouvons préciser la durée, demander au prêteur l'autorisation de rédiger et de publier la *lex bonorum vendendorum*.

Ce qu'était cette *lex* ? La meilleure idée qu'on en puisse donner est de dire, en employant une expression moderne, que c'est le cahier des charges de la vente.

La *lex venditionis* devait avant tout contenir l'énumération des biens composant le patrimoine vendu. Elle devait aussi indiquer les créances hypothécaires ou privilégiées et leur montant, mentionner la somme des créances chirographaires. En effet, et nous insisterons plus loin sur ce point, le prix de la vente devait consister en un dividende que l'acquéreur s'engageait à verser entre les mains du *magister*. Or, comment cet acquéreur eût-il pu fixer un prix s'il n'eût sur quel était le montant des créances, tant des créanciers à dédommager intégralement que de ceux qui n'auraient qu'un dividende ?

Il nous semble aussi que, après la *proscriptio* et avant la publication de la *lex venditionis*, les créanciers devaient produire leurs titres, sans doute au *magister*. Sans cela, en effet, comment celui-ci eût-il pu rédiger *lex* la ? Et la conséquence

du défaut de production en temps utile, vraisemblablement le délai compris entre la nomination du *magister* et la rédaction de la *lex*, devait être la foreclusion, l'impossibilité de prétendre au produit de la vente.

Nous devons reconnaître qu'aucun texte ne vient confirmer cette théorie. Mais elle est absolument vraisemblable; elle résulte forcément à nos yeux, — nous ne voyons même pas comment il pourraient être autrement — de ce que le prix à payer par le *bonorum emptor* était, non un prix fixe, mais un dividende (1).

La *lex vendendorum bonorum* une fois rédigée était affichée et publiée, comme la *proscriptio* sans doute (2).

A la date de la publication de la *lex bonorum vendendorum* commençait, vraisemblablement, à courir le délai dont nous parle Gaius, sans nous en indiquer le point de départ (3). Quelle était au juste la durée de ce délai, il est difficile aussi de le dire : le manuscrit de Vérone étant, sur ce point, en fort mauvais état, on a proposé un certain nombre de lectures.

(1) Notamment Bonjean. Traité des actions § 395.

(2) TITE-LIVE (II. 14) rapporte, à propos de ces ventes à l'encan, un usage bizarre. Toutes les affiches annonçant une vente de ce genre, et notamment la *lex venditionis*, portait en tête : « Biens de Porsenna à vendre ». Et voici comment Tite-Live explique l'origine de cet usage : Porsenna assiégeant Rome fut frappé d'admiration pour les actes de courage accomplis par les Romains pendant ce siège ; renonçant à s'emparer d'une ville si vaillamment défendue, il se retira en laissant tous ses biens à ce peuple dont la constance avait su le vaincre. Ces biens furent vendus à l'encan au profit du Trésor ; d'où l'origine de cet usage. — Niebuhr n'accepte pas la version donnée par Tite-Live et nous fournit une autre explication qui nous paraît plus exacte. Jamais Porsenna ne fit preuve d'une semblable générosité à l'égard du peuple romain. Rome avait été occupée par Porsenna, un soulèvement du peuple l'en chassa, le forçant d'abandonner un butin considérable. C'est ce butin qui fut vendu à l'encan par une *bonorum sectio*. On comprend mieux alors le maintien de l'usage, rappelant une page glorieuse de l'histoire romaine.

(3) GAIUS Comment III § 79.

Les uns prétendent qu'il faut lire XXXX et XX (1). D'autres croient lire XXX et XV (2) ; ce qui est devenu insoutenable depuis qu'une reconstitution du reste du texte établit que le premier chiffre doit être le double du second.

On peut discuter longuement sur ces chiffres. C'est avant tout une question de lecture de manuscrit. Toutefois, ce qui nous ferait incliner à admettre l'opinion qui fixe comme durée de ce délai trente et quinze jours, c'est qu'en ajoutant ces trente jours aux trente autres jours qu'a duré déjà l'envoi en possession, nous retrouvons le délai de soixante jours qui devait s'écouler entre la *manus injectio* et la vente du débiteur. Or, c'est là, en faveur de cette opinion, un puissant argument, puisque la *bonorum venditio* a emprunté la plupart de ses délais, et même, d'une façon plus générale, une bonne part de sa procédure, à la marche suivie jadis dans la *manus injectio* (3).

La vente se faisait aux enchères publiques. Toutefois, un passage de la paraphrase de Théophile semble indiquer que le *magister* pouvait recevoir des offres avant l'enchère.

La personne qui offrait le dividende le plus élevé était déclarée acquéreur du patrimoine du débiteur ; c'est le *bonorum emptor*.

Une série de règles avait été édictées pour le cas d'égalité d'offres (4). Le créancier a la préférence sur tout autre ; entre deux créanciers on déclare adjudicataire celui dont la créance est la plus élevée. Au cas d'égalité entre un parent du débiteur et un non créancier le parent est préféré.

(1) STUEMUND, KRIEGER, GIRAUD.

(2) ZIMMERN, DU BOIS.

(3) V. ZIMMERN, §. LXXIX.

(4) L. 16. Dig. XLII. 5. — L. 60 Dig. II, 14.

CHAPITRE IV

DES EFFETS DE LA BONORUM VENDITIO

Les effets de la *bonorum venditio* doivent être examinés à un triple point de vue :

1° A l'égard du débiteur, dépouillé de ses biens et noté d'infamie.

2° A l'égard du *bonorum emptor*, successeur universel de celui dont il vient d'acquérir les biens.

3° A l'égard des créanciers, entre lesquels se répartit le prix de la vente.

Nous adopterons dans ce chapitre cette division logique.

SECTION PREMIÈRE.

EFFETS A L'ÉGARD DU DÉBITEUR

Nous étudierons dans deux sections les deux conséquences de la *bonorum venditio* à l'égard du débiteur, c'est à dire le dépouillement du patrimoine et la note d'infamie.

§ I. — Dépouillement du patrimoine

Le débiteur, dépouillé de sa personnalité juridique, est dessaisi de tous ses droits, actifs et passifs, réels ou personnels.

Il voit, en quelque sorte, sa succession ouverte avant sa mort : il a un successeur universel, le *bonorum emptor*.

Toutefois remarquons immédiatement que la *bonorum venditio* est une institution prétorienne. Elle ne peut avoir des effets aussi pleins, théoriquement, qu'une institution de droit civil. Elle ne peut donner à l'acquéreur qu'un droit prétorien ; il reste donc au débiteur le *dominium*. Mais c'est là un *nudum jus*, un droit sans aucune utilité pratique, sans aucune portée juridique, destiné à disparaître rapidement par l'usucapion s'accomplissant au profit de l'acquéreur (1).

Le dessaisissement du débiteur était opéré provisoirement déjà par la *missio in possessionem rei servandæ causa*. Il l'est définitivement, irrévocablement, par la *venditio bonorum*.

Une difficulté était soulevée sur le point de savoir dans quelle mesure la *bonorum venditio* mettait le débiteur *loco venditoris* ; cette question présentait notamment intérêt relativement au prix et aussi à la garantie due à l'acquéreur.

En ce qui concerne le prix, il nous paraît certain que le plus souvent, nous pouvons même dire dans la presque-unanimité des cas, le prix offert par l'*emptor* était inférieur au montant des créances ; le débiteur n'avait alors aucun droit sur le prix que le *magister* devait répartir entre les divers créanciers en suivant les règles que nous aurons à établir. Mais au cas exceptionnel où le prix offert se trouvait supérieur au montant des créances, où après désintéressement complet de tous les créanciers, il restait un reliquat, il fallait l'attribuer au débiteur (2). La règle était d'ailleurs la même quand

(1) GAIUS Comment. III § 80.

(2) L 7. § 2 Dig. XLII. 4.

L 6 pr. Dig. XLII. 5.

la vente était poursuivie par le fisc : *si plus servatum est ex bonis debitoris a fisco distractis jure ac merito restitui postulatur postulatur* (1).

Le débiteur, d'autre part, devait-il garantir l'*emptor* contre l'éviction ? Un *bonorum emptor*, évincé de tous ou de quelques-uns des biens composant la masse par lui acquise, pouvait-il attaquer en garantie le débiteur, son auteur ? Au cas où l'éviction ne porte que sur quelques-uns des objets compris dans le patrimoine vendu, la négative s'impose (2). On ne peut juridiquement concevoir une garantie possible qu'au cas où l'éviction porterait sur l'ensemble des biens vendus. Mais même dans ces termes, la garantie n'était pas admise par les textes ; la vente n'était point le fait du débiteur, elle avait lieu sans sa participation, et même contre son gré. Toutefois si le débiteur ne doit pas garantie pour éviction, il peut cependant être l'objet d'une action en répétition, au cas où le prix aurait été indûment payé.

Le dessaisissement portait sur tout l'actif du patrimoine. La vente ne comprenait pas seulement les divers biens corporels, meubles et immeubles, elle comprenait aussi les biens incorporels, les droits qui pouvaient compéter au débiteur saisi, et particulièrement les droits personnels. Le débiteur se trouvait donc dépouillé de toutes ses créances, il ne pouvait plus exercer aucune des actions qui avaient pu naître sur sa tête avant la vente. C'est là une règle qui résulte logiquement des principes mêmes de la vente en masse du patrimoine ; elle nous est signalée par les textes (3).

C'est par une application de ce principe que la *bonorum*

(1) L. 45. § 12. Dig. XLIX. 14.

(2) L. C. I. Cod. VIII, 45.

(3) L. 40. Dig. XXXVIII. I.

venditio entraînait la dissolution de la société dont faisait partie le débiteur (1).

Le débiteur dépouillé de tous ses droits actifs, droits réels, droits personnels, actions, était-il, par réciprocité, libéré de tous ses droits passifs, de toutes ses anciennes obligations ? S'il était vrai que la vente a pour effet l'ouverture anticipée de la succession du débiteur, qu'il y a extinction de la personnalité juridique, il faudrait décider que cet anéantissement juridique entraîne l'extinction des obligations comme des créances. Et c'est ce que certains ont essayé de soutenir en s'appuyant sur un texte de Velleius (2). Il nous semble que le débiteur n'était véritablement libéré que dans la mesure où les créanciers avaient été désintéressés et que pour le reste les dettes subsistaient. Si le débiteur venait par la suite à acquérir de nouveaux biens, les anciens créanciers pouvaient faire de nouveau valoir leurs droits et obtenir contre lui une nouvelle *bonorum venditio*. C'est ce que nous dit d'une façon très claire un texte de Gaius : *Quorum bona venierunt pro portione, si quid postea adquirant Quorum bona venierunt pro portione si quid postea adquirant etiam saepius eorum bona veniri solent* (3). Ce passage absolument catégorique ne nous laisse aucun doute. Mais n'existât-il pas, il nous faudrait donner la même solution, car deux considérations nous semblent l'imposer.

1^o Il eût été au moins singulier que la *bonorum venditio* institution d'origine prétorienne, pût éteindre complètement et de plein droit des obligations reconnues par le droit civil.

2^o Le débiteur admis au bénéfice de la cession de biens pouvait être de nouveau poursuivi lorsqu'il avait d'autres biens ; il n'était libéré que quand ses créanciers avaient été

(1) GAIUS. Comment. III § 154.

(2) L. 25 § 7. Dig. XLII. 8.

(3) GAIUS. Comment. III § 155.

intégralement désintéressés (1). Or, il est inadmissible que le débiteur, dont les biens sont vendus par une mesure d'exécution forcée, soit traitée d'une façon plus favorable que celui qui obtient la cession de biens, c'est-à-dire un bénéfice.

L'opinion si clairement exprimée par Gaius est donc la seule soutenable. La loi de Velléius reste cependant et semble bien y contredire. Mais si l'on considère ce texte tout entier, il est permis de penser qu'il ne se place pas absolument dans la même hypothèse que Gaius, et l'on peut en donner une explication qui concilie très simplement les deux passages, en apparence contradictoires. Si Velléius refuse toute action *ex ante gesto* contre le débiteur dont le patrimoine vient d'être vendu, c'est qu'aucun bien ne lui reste et qu'il est inutile et impossible d'agir contre celui qui n'a rien.

Mais il ne dit pas qu'on ne peut poursuivre une seconde fois celui qui a acquis de nouvelles ressources. Les expressions montrent bien, au contraire, qu'il se place immédiatement après la vente, au moment où le débiteur est dépouillé de tous ses biens.

Toutefois il est probable que le prêteur n'autorise une seconde *venditio bonorum* que quand les biens nouvellement acquis ont une importance suffisante. Un créancier rigoureux ne pourrait poursuivre *venditio* sur *venditio*, actionnant son débiteur aussitôt qu'il aurait acquis quelques biens, si minime que soit leur valeur (1).

§ II. — Infamie

Le second effet de la *bonorum venditio*, au point de vue

(1) C. 1. Cod. VII. 71. — § 40. Instit. IV. 6.

(1) L. 6. Dig. XLII. 3.

qui nous occupe, est l'infamie qui note le débiteur dont les biens sont ainsi vendus (1). Cet effet est sans doute moins important au point de vue juridique que le dessaisissement du patrimoine. Mais, aux yeux des Romains, l'infamie est particulièrement redoutable ; ils la considèrent comme une peine extrêmement rigoureuse.

L'infamie résultait de la vente du patrimoine aussi bien quand le débiteur était mort que quand elle était poursuivie contre un vivant.

L'infamie a pour résultat, dans l'ordre public, de rendre celui qui en est frappé incapable de briguer désormais toute dignité, toute fonction publique, non seulement à Rome, mais même dans les provinces. Il est indigne, il est déchu du *jus honorum*. Peut-être même perd-il, atteint par une véritable dégradation civique, le droit de voter dans les comices, le *jus suffragii* (2). Il ne peut plus ester en justice comme mandataire d'autres personnes, *postulare* ; (3) il ne peut plus intenter les actions qui compètent à tous les citoyens, les *actiones populares*.

Etant donné l'importance qu'a, dans la République Romaine, la vie publique, on comprend pourquoi, à plusieurs reprises, Cicéron plaidant pour Quintius dit qu'il s'agit d'une cause capitale. Il ne faut pas conclure cependant de cette expression, ainsi qu'on l'a fait parfois, que la *bonorum venditio*, l'infamie emportent *capitis deminutio*. Si Cicéron emploie dans son discours le mot *caput*, c'est par une exagération littéraire, c'est aussi peut être par un emploi du mot dans un sens usuel et non technique. Mais il est bien certain

(1) Gaius. Comment. II, § 154.

(2) de Savigny, § LXXX.

(3) L. 3 § 1, Dig. III, I. — L. 2, Dig. III, 2.

qu'il n'y a là aucune des trois *capitis deminutiones* des juris consultes.

C'est à raison de cette infamie qui frappe, même après la mort, celui dont les biens sont vendus que s'est établi l'usage de l'institution d'esclaves comme héritiers nécessaires. Le citoyen romain, qui pouvait craindre de mourir insolvable, et par suite redoutait que l'infamie ne vint s'attacher à sa mémoire, à raison de la *venditio* de son patrimoine, instituait un de ses esclaves son héritier. La vente désormais ne pourrait plus être poursuivie contre le *de cujus*, elle le serait contre l'esclave qui, *heres necessarius*, ne pouvait renoncer à l'hérédité. Lorsque les créanciers feront procéder à la vente des biens héréditaires, c'est le nom de l'esclave qui figurera dans les affiches apposées au Forum, c'est l'esclave qui encourra l'infamie ; la mémoire du défunt restera intacte.

Toutefois, bien que l'infamie fût la conséquence normale de toute vente en masse, il était une importante exception. Le débiteur admis au bénéfice de la cession de biens y échappait. « *Debitorum qui bonis cesserint licet ex ea causa bona eorum venierint infames non fiunt* (1) ». Sans doute, la *bonorum venditio* portait encore une certaine atteinte à leur *existimatio* ; ce n'était pas une note bien honorable (2) ; mais enfin c'était là le principal avantage de ce bénéfice, la cession de biens évitait l'infamie.

(1) C. 11. Cod. II. 12.

(2) La C. 5. Cod. VII. 71 indique que la cession de biens emportait une certaine déchéance. Certains y recouraient pour échapper aux fonctions municipales extrêmement lourdes en cette période de décadence. La constitution met fin à cette pratique en déclarant que désormais la cession de biens ne sera plus un empêchement à l'exercice des fonctions municipales.

SECTION II.

EFFETS A L'ÉGARD DU BONORUM EMPITOR

La *bonorum venditio* constitue une transmission universelle du patrimoine ; celui qui s'est porté acquéreur devient le successeur universel du débiteur dont il a acheté les biens. Sans doute, il n'est pas un héritier, puisque le droit civil seul peut faire des héritiers, mais il est un successeur prétorien.

Nous allons déterminer quels droits ce titre lui donne et aussi quelles obligations il lui impose.

§ I. — Des droits du Bonorum emptor.

Le *bonorum emptor* est acquéreur à titre de successeur prétorien de l'universalité du patrimoine du débiteur. C'est dire que s'il devient le maître de tous les biens composant le patrimoine du débiteur, il n'a sur eux que la propriété prétorienne, l'*in bonis*, et non la propriété quiritaire, le *dominium ex jure Quiritium*. Il n'acquerra celui-ci que plus tard, lorsqu'il aura possédé le temps nécessaire à l'accomplissement de l'usucapion.

Neque autem bonorum possessorum, neque emptorum res pleno jure fiunt, sed in bonis efficiuntur; ex jure Quiritium autem ita demum adquiruntur, si usuceperunt (1).

Toutefois le commentaire de Gaius indiquait ensuite une exception, un cas particulier où il n'y a pas lieu à usucapion de la part de certains *bonorum emptores* : c'est le

(1) Gaius, comment. III. 80.

cas où un *bonorum emptor*.... ». Ici il y a dans le célèbre manuscrit une lacune ; les romanistes cherchent en vain à en reconstituer le texte, ils s'efforcent du moins de deviner le cas visé par Gaïus. La manière de combler la lacune proposée par bon nombre d'interprètes : *Veluti si per eos acciperint bonorum emptores qui bonis ex lege Julia cesserint* ne nous semble pas inadmissible ; il se peut parfaitement qu'en cas de *bonorum cessio* la propriété quiritaire soit immédiatement transférée à l'acquéreur, puisque le bénéfice de cession de biens a été reconnu par une loi de droit civil, par la *lex Julia* (1). Il se pourrait aussi que le cas que Gaïus mentionnait fût le cas de *bonorum sectio*, c'est-à-dire de vente par le Trésor public, institution de droit civil qui a servi de modèle à la *bonorum venditio* (2).

Le *bonorum emptor* succède à l'universalité du patrimoine du débiteur, biens et droits.

Il n'a pas cependant pour l'exercice de ses droits des actions directes, mais seulement des actions utiles.

De plus, il est certains droits purement personnels, c'est-à-dire attachés à la personne même, qui sont, à raison de ce caractère, intransmissibles. Pour ceux-là, les droits de famille par exemple, il ne pouvait y avoir aucun doute ; il était certain qu'ils ne pouvaient être compris dans la vente, n'étant pas évaluables en argent (3). Mais il était aussi certains droits pécuniaires qui, dépendant trop directement de ceux-là, se trouvaient aussi exclus de la vente ; l'affranchissement, notamment, créait un véritable lien de parenté civile entre l'esclave libéré et son ancien maître, la *bonorum venditio* ne pouvait faire passer au *bonorum emptor* le titre

(1) Gaïus, Comment. III. §. 78. Sic Heffter.

(2) Sic Pellat.

(3) L. 38, Dig. XLII, 5.

de patron ; elle ne lui transmettait pas non plus le droit aux *operæ officiales* que l'affranchi devait à son patron (1).

Il était en outre certains objets qui, par suite de l'intérêt d'affection considérable qu'ils avaient aux yeux du débiteur et du peu de valeur qu'ils eussent présenté à l'acquéreur, ne se trouvaient pas compris dans la vente. Telles étaient les statues qui avaient été élevées en l'honneur du débiteur (2).

La *bonorum venditio* avait aussi pour effet de dissoudre la société dont le débiteur faisait partie. Mais le *bonorum emptor* n'avait pas le droit de participer aux opérations ultérieures de cette société. A ce point de vue, il y avait encore là un droit ayant appartenu au débiteur auquel l'acquéreur ne pouvait succéder.

Nous avons vu quels droits avait le *bonorum emptor*. Mais quelles actions les sanctionnaient ?

Les textes enseignent que le *bonorum emptor* avait ordinairement, pour faire valoir ses droits, deux sortes d'actions, désignées sous les noms d'action *rutilienne* et d'action *servienne*.

L'action *rutilienne*, du nom du prêteur à qui on devait la *bonorum venditio*, présentait ceci de particulier, que dans la formule, le prêteur insérait le nom du débiteur saisi, auteur du demandeur à l'*intentio*, tandis qu'à la *condemnatio* figurait le nom du *bonorum emptor*. Voici, par exemple, quelle eût été cette formule au cas d'une action personnelle, dans laquelle A^{us} A^{us}, *bonorum emptor* actionnait « N^{us} N^{us}, » débiteur de Lucius Titius, ce dernier étant celui dont A^{us} A^{us}, a acquis le patrimoine :
« *Si paret Numerium Nagidium Lucio Titio sestertium XM*

(1) L. 40, Dig. XXXVIII, I.

(2) L. 29, Dig. XLII, 5.

« *dare oportere, judex N^{us} N^{us} Aulo Agerio sestertium X M*
 « *condemna*. Nous avons là une manière de procéder absolu-
 « ment identique à celle usitée au cas de *procuratio ad*
 « *litem* (1) ».

L'action servienne, au contraire, est une action fictice en tous points semblable à celle que le prêteur accordait au *bonorum possessor*. Le *bonorum emptor* agissait alors *ficto se hærede*. Son nom figurait donc à la fois dans l'*intentio* et dans la *condemnatio*.

Le prêteur lui délivrait la formule comme s'il eût été l'héritier du débiteur saisi, et le juge statuait comme si cette fiction eût été une réalité. Dans l'hypothèse où nous nous sommes placé tout à l'heure pour déterminer la formule de l'action rutilienne, voici quelle eût été la formule de l'action servienne : « *Judex exto, si Aulus Agérius Lucio titio heres*
 « *esset, tum si pareret Numérium Negidium A° A° sestertium*
 « *X M dare oportere, judex N^{us} N^{us} A° A° sestertium X M*
 « *condemna* (2). »

L'acquéreur avait, en général, le choix entre ces deux actions. Toutefois l'action servienne était seule possible lorsque les biens acquis constituaient le patrimoine d'un débiteur défunt; il est impossible, en effet, d'employer en pareil cas la formule de l'action Rutilienne, de rédiger l'*intentio* au nom d'un mort, de supposer un mandat donné par un individu décédé.

Il est vraisemblable d'ailleurs, que c'est pour le cas de la *venditio* du patrimoine d'un mort que l'action servienne a été créée.

) GAIUS, comment IV, § §. 35 et 86.

(2) GAIUS, comment. IV, § §. 35 et 34.

Le *bonorum emptor* pouvait aussi, étant *in causa usucapiendi*, employer la publicienne.

Mais remarquons que cette action prétorienne ne lui était pas donnée en tant que *bonorum emptor*, mais à titre de possesseur remplissant les conditions requises pour usucaper. Il fallait, pour qu'il pût l'intenter, qu'il eût déjà sur les biens la possession. Cette action ne pouvait donc lui être d'aucune utilité pour se faire mettre en possession des biens compris dans la vente.

Il avait pour arriver à ce résultat un interdit, « l'interdit *possessorium* présentant les plus grandes analogies avec l'interdit *quorum bonorum* accordé au *bonorum possessor* et avec « l'interdit *sectiorum* » qui compétait au *bonorum sector*.

A l'encontre de quiconque détenait un bien compris dans le patrimoine acquis, cet interdit permettait de s'en faire mettre en possession sans avoir d'autre preuve à fournir que celle de son acquisition : le *bonorum emptor* n'avait même pas à établir le droit de propriété de son auteur (1). — Cette voie de droit se range donc dans la classe des interdits *adipiscendæ possessionis*.

L'*emptor bonorum*, en intentant les actions comprises dans le patrimoine vendu, pouvait se trouver en présence de débiteurs qui étaient en même temps créanciers et qui lui opposaient la compensation. Dans ce cas, il ne pouvait recouvrer la créance sans subir la *deductio* : *Cum deductione agere jubetur* (2).

Mais un certain nombre de différences caractéristiques

(1) GAIUS, Comment. III. §. 145.

(2) GAIUS, Comment. IV. § 65.

que nous signale Gaius (1), distinguent profondément cette *deductio* de la compensation que devait opérer tout *argentarius* avant d'agir contre l'un de ses clients.

1) L'*argentarius* ne peut compenser entre elles que des dettes de choses *eiusdem natura et generis*, argent avec argent, blé avec blé, vin avec vin. Les Romains avaient poussé si loin ce principe que certains juriscultes exigeaient, pour que la compensation fût possible, qu'il s'agit de denrées, non seulement d'espèce, mais de qualité identique. Pour la *deductio*, au contraire, le *bonorum emptor* compensera du vin avec du froment, de l'huile avec de l'argent, en calculant la valeur des diverses choses dues d'espèces différentes.

Itaque si vero pecuniam petat bonorum emptor et invicem frumentum aut vinum is debeat deducto quanti id erit, id reliquum experitur (2).

2) En cas de *deductio*, on fait entrer en compte une dette à terme non encore échue.

L'*argentarius* au contraire ne peut opérer compensation que de dettes échues. Remarquons en passant cet effet de la *bonorum venditio* de rendre exigibles les dettes à termes.

3) L'« *argentarius* », intentant contre son client une action, devait déduire de sa demande tout ce qu'il devait à celui-ci et ne lui réclamer que le solde du compte. Cette compensation se faisait dans l'*intentio*, et cette partie de la formule devait exprimer d'une façon précise la réclamation de l'*argentarius*.

La moindre erreur de la part de celui-ci, une erreur d'un

(1) *ibid.* § 65-68.

(2) GAIUS, Comment. IV. §. 66. *in fine*.

denier, nous dit Gaius, entraînait pour lui les plus graves conséquences ; il était repoussé de son action pour *plus petitio*, et bien rares étaient les cas où il pouvait la renouveler. C'était le plus souvent pour lui la perte complète de sa créance.

Il n'en était pas de même pour le *bonorum emptor* qui venait d'acquérir un patrimoine entier, le plus souvent en fort mauvais état. Il pouvait parfaitement, sans qu'on pût lui en faire un grief, ignorer certaines dettes. En procédant ainsi qu'on le faisait, on sauvegardait à la fois les droits du *bonorum emptor* et ceux des créanciers.

Une question importante, mais qu'aucun texte ne nous permet de résoudre d'une façon certaine, est celle de savoir si la *deductio* était faite pour le montant intégral de la créance du défendeur ou pour le dividende promis par le *bonorum emptor*. Il serait injuste, selon nous, que grâce à la *deductio* le défendeur fut désintéressé pour le tout alors que les autres créanciers ne seraient admis à toucher qu'un dividende. Nous croyons donc que la compensation ne s'opérerait que dans la limite du dividende promis par l'adjudicataire aux créanciers et représentant le prix de la vente.

De même nous n'admettons à opposer cette *deductio* que le créancier qui a produit en temps utile, c'est-à-dire qui a fait mentionner sa créance dans la *lex bonorum vendendorum*. En admettant un créancier n'ayant pas produit à opposer la compensation on contraindrait l'acquéreur à payer une somme supérieure à celle qu'il s'était engagé à verser en offrant un dividende.

Aucun texte cependant ne vient confirmer ces deux solutions.

§ II. — Des obligations du *bonorum emptor*

En traitant des obligations qui incombent au *bonorum emptor*, nous parlerons nécessairement des droits donnés aux créanciers du débiteur saisi par la *bonorum venditio*. Nous n'aurons donc dans la section spéciale aux effets de la *bonorum venditio* à l'égard des créanciers qu'à poser les règles relatives à la répartition du prix entre eux.

Le *bonorum emptor* est tenu à un double titre ; il est successeur universel du débiteur ; ensuite c'est un acquéreur, un acheteur, obligé en vertu de son contrat.

En sa première qualité, le *bonorum emptor* succède aux obligations et aux dettes composant le passif du débiteur saisi, comme nous l'avons vu succéder à tous les droits actifs, créances et actions que comprenait le patrimoine qu'il a acquis. il serait donc tenu de toutes les actions que les créanciers pouvaient exercer contre leur débiteur.

Mais, successeur prétorien, il ne pourra être l'objet des actions civiles et directes qui auraient été dirigées contre son auteur ; il faudra employer contre lui les actions fictices et utiles, les actions prétoriennes (1).

Ce n'est pas en vertu de l'engagement qu'il contracte en se portant acquéreur, mais bien en raison de son titre de successeur universel et de la dette déjà existante contre le saisi que le *bonorum emptor* se trouve ainsi sous le coup des poursuites des créanciers.

Dans tous les textes, en effet, nous le voyons mis à côté et sur la même ligne que le *bonorum possessor*, l'héritier prétorien.

(1) GAIUS. Comment, III, § 81.

On agira contre l'acquéreur au lieu d'agir contre le débiteur, et les créanciers useront contre lui des deux mêmes actions que nous avons vues lui appartenir pour l'exercice de ses droits actifs. Les créanciers auront le choix entre l'action servienne, où on le traitera comme un héritier *ficto herede*, et l'action rutilienne, en insérant dans l'*intentio* le nom de leur ancien débiteur et en faisant figurer dans la *condemnatio* le nom du *bonorum emptor*.

Certains auteurs ont cru devoir contester la possibilité de l'emploi de cette dernière action. Mais, si aucun texte ne vient affirmer notre solution, aucun non plus n'y contredit. Le texte de Gaius que nous avons cité est absolument général. Nous ne voyons d'ailleurs rien, ni dans les principes, ni dans les idées romaines, qui vienne s'opposer à ce que l'action rutilienne serve également au *bonorum emptor* et contre lui.

Si les créanciers du débiteur agissent contre le *bonorum emptor* absolument comme contre un héritier prétorien, il existe cependant entre l'acquéreur et un *bonorum possessor* une différence considérable, essentielle.

Tandis que le *bonorum possessor* est tenu, comme tout héritier, de payer intégralement les dettes du défunt, qu'il peut être poursuivi par les créanciers même *ultra vires successionis* le *bonorum emptor*, lui, ne peut être poursuivi que jusqu'à concurrence du dividende qu'il s'est engagé à payer, *pro rata* (1).

Il est vraisemblable que pour faire valoir ce droit, il opposait une exception ; c'est le seul moyen que nous puissions concevoir d'obtenir du prêteur l'insertion dans la formule d'une clause ordonnant au juge de restreindre l'action des créan-

(1) GAIUS, comment. III. §§. 80 et 81 comment. IV. § 35.

ciers à la part de dividende qui leur revenait. Quant au nom de l'exception invoquée, c'était sans doute l'exception *pacti conventi*, ou peut être l'exception *doli mali*.

Ces règles, telles que nous venons de les poser, s'appliquent sans difficultés aux créanciers chirographaires. Mais il est difficile de préciser quelle était exactement l'obligation de l'acheteur vis-à-vis des créanciers hypothécaires et privilégiés ?

Les textes sur ce point sont absolument muets ; on en est réduit à des conjectures.

La plupart des auteurs inclinent à penser que les droits des créanciers hypothécaires et privilégiés subsistaient intégralement et que le *bonorum emptor* devait les désintéresser absolument (1). Cette supposition semble au premier abord conforme aux principes de l'hypothèque comme au caractère de le *bonorum venditio*. Les effets de cette vente en masse, peut-on dire, sont à peu de chose près les mêmes que ceux de la succession prétorienne. Or le *bonorum possessor* est tenu des dettes hypothécaires qui grèvent les biens de son auteur ; il doit donc en être de même pour le *bonorum emptor* à l'égard du patrimoine du débiteur.

Mais il faut reconnaître qu'il y a là un très grand danger pour l'acheteur à raison du caractère occulte des hypothèques.

Des créanciers hypothécaires inconnus pouvaient surgir, après la vente, qu'il fallait désintéresser intégralement ? Il est vraisemblable que des mesures, qui ne nous sont pas parvenues, avaient été prises contre cet inconvénient considérable. Vraisemblablement, les créanciers hypothécaires ou privilégiés devaient, comme les autres, faire mentionner

(1) V. Notamment BONJEAN, Actions § 398 et Tambour. t. 1^{er}, p. 234.

leurs créances à la *lex bonorum vendendorum* : c'était le seul moyen d'éviter le danger.

L'*emptor bonorum* avons-nous dit, est tenu aussi comme acheteur. A ce titre, il doit le prix de son acquisition. Il s'était engagé en effet ou bien à verser au *magister* une somme égale aux créances privilégiées plus une quote part des créances chirographaires, ce qui est le cas normal, ou bien à payer une somme d'argent fixée comme un prix d'une vente ordinaire, ce qui se faisait parfois (1).

L'acheteur traitait directement avec le *magister*, c'est à lui qu'il versait le prix convenu. C'était au *magister* à faire la répartition entre les créanciers au nom desquels la vente avait été poursuivie et conformément à leurs droits respectifs.

Bien qu'acheteur, le *bonorum emptor* n'avait aucune garantie. Au cas où il se trouvait évincé de tout ou partie des biens qu'il avait acquis, il ne pouvait pas recourir contre les créanciers. Ceux-ci, en recevant un dividende n'avaient fait que recevoir leur dû, on ne pouvait les soumettre à aucune restitution, *jus suum receperunt*.

Il faut toutefois réserver les cas où les créanciers, pour obtenir un dividende plus élevé, se seraient rendus coupables de manœuvres dolosives ; l'action *doli* serait sans doute en pareil cas ouverte à l'acheteur victime de ces manœuvres (2).

Cependant le *bonorum emptor* avait toujours une action contre le débiteur pour forcer ce dernier à lui tenir compte du profit que lui causerait le paiement du prix effectué sans cause (3).

(1) L. 22. § 10 Dig. XVII. 1.

(2) L. 44. Dig. XII. 6. — C. 2. Cod. VIII. 13.

(3) C. 13. Cod. VIII. 45.

SECTION III.

EFFETS DE LA BONORUM VENDITIO A L'ÉGARD DES CRÉANCIERS

Le *bonorum emptor* a payé son prix entre les mains du *magister* : c'est à celui-ci à en repartir le prix entre les créanciers.

Au cas de vente des biens d'un défunt, le *magister* devait payer, avant toute autre créance, les frais funéraires, qui bénéficient à Rome comme dans notre droit actuel d'un privilège (1).

Puis il désintéressait les créanciers hypothécaires privilégiés et les créanciers hypothécaires simples. Il versait ensuite le montant de leurs créances aux personnes qui pouvaient invoquer un *privilegium inter personales actiones*. Enfin il répartissait entre les créanciers simplement chirographaires le restant du prix.

Tel nous semble l'ordre qu'il devait suivre si nous nous référons aux principes du droit romain (2).

Si le *magister* avait reçu des fonds et ne les répartissait pas entre les créanciers, ceux-ci n'étaient pas dépourvus d'action pour le contraindre à remplir sa fonction. Ceux qui avaient pris part à l'assemblée qui l'avait élu avaient contre lui l'action *mandati* ; ceux qui, sans avoir assisté aux réunions préparatoires, pouvaient dire que le *magister* avait eu l'intention de sauvegarder leurs intérêts en même temps que ceux des premiers créanciers pouvaient intenter l'action de gestion d'affaires. Enfin ceux qui ne pouvaient

(1) L. 17. Dig. XLII, 5. — Art. 2101. C. C.

(2) V. Mackeldey.

prétendre à aucune de ces deux actions avaient contre les autres créanciers une action *in factum*, pour se faire admettre à la répartition (1).

Un dernier et important effet de la *bonorum venditio* est d'ouvrir aux créanciers l'action paulienne contre les actes faits en fraude de leurs droits.

Les créanciers qui intentaient cette action avaient à prouver que l'acte attaqué leur avait causé un préjudice (*eventus damni*) et avait été conclu dans un but de fraude (*consilium fraudis*).

Or un acte ne porte préjudice au créancier qu'autant qu'il crée ou augmente l'insolvabilité du débiteur. C'est donc cette insolvabilité que les créanciers ont à établir pour réussir dans l'action paulienne : on n'est certain de l'insolvabilité que lorsqu'on a procédé à la *bonorum venditio*. Celle-ci doit donc précéder nécessairement l'exercice de l'action paulienne ; les créanciers avaient une année utile après la *bonorum venditio* pour intenter leur action.

La *bonorum venditio* nous apparaît ainsi comme une condition essentielle de l'exercice de l'action paulienne. Et d'autre part, l'action paulienne est une conséquence de la *bonorum venditio* en ce sens que c'est après la vente que les créanciers, n'ayant touché qu'une partie de leur dû, attaquent les actes passés par le débiteur en fraude de leurs droits. *Bonorum venditio* et action paulienne sont donc souvent deux phases d'une même procédure. C'est ce qui explique pourquoi dans le Digeste comme dans le Code les textes relatifs à l'action paulienne se trouvent parmi ceux relatifs aux voies d'exécution (2).

(1) 5. Dig. XLII. 7.

(2) Dig. XLII. 8. — Cod. VII. 75. — V. ACCARIAS, t. II, § 851. May. t. II, n° 439, p. 536.

CHAPITRE V

DE LA BONORUM DISTRACTIO

A l'époque de Justinien, la *bonorum venditio* a disparu ; nous trouvons en vigueur la *bonorum distractio*.

C'est cette voie d'exécution que nous devons encore rapidement étudier avant de clore ce travail.

Nous diviserons ce chapitre en trois sections :

Section première. — Origine de la *distractio bonorum*.

Section II. — Procédure.

Section III. — Effets.

SECTION PREMIÈRE

ORIGINE DE LA D'STRACTIO BONORUM

La *distractio bonorum*, bien que n'ayant succédé à la *bonorum venditio* que sous le règne de Dioclétien, existait déjà à l'époque de Gaius. C'était alors une voie d'exécution toute spéciale réservée aux *personæ claræ*, dans le but de leur éviter l'infamie qui résultait toujours de la voie générale (1).

Nératius nous indique un autre cas de *distractio bono-*

(1) L. 5. Dig. XXVII. - 10.

rum (1). La faculté était laissée aux créanciers de choisir entre la *bonorum venditio* et la *distractio bonorum*, quand ils agissaient contre certains débiteurs.

Quels étaient ces débiteurs ? On n'a pu formuler que des conjectures. On a dit que ces débiteurs étaient les *personæ claræ* dont parle le texte de Gaius, mais cette opinion est inadmissible, elle est à peu près abandonnée aujourd'hui. On ne peut en effet admettre ce tempérament, ce droit d'option qui eut enlevé toute portée à l'exception introduite en faveur des personnages qu'elle avait pour but de protéger contre les rigoureuses conséquences de la *bonorum venditio*.

Il faut admettre que la *distractio bonorum*, réservée exclusivement à l'origine aux *personæ claræ* avait ensuite été facultativement étendue à d'autres débiteurs ; mais il faut aussi reconnaître qu'il nous est impossible de préciser quels étaient ces débiteurs.

À l'usage simultané de la *bonorum venditio* et de la *distractio bonorum*, on vit apparaître les inconvénients de la première et les avantages de la seconde. On reprocha à la *bonorum venditio* sa procédure compliquée et la rigueur de ses résultats, le dépouillement complet du débiteur, l'infamie qui venait s'ajouter à la misère. Surtout la *bonorum venditio* ne permettait pas le plus souvent d'obtenir un prix égal à la valeur des biens, à raison de la difficulté qu'il y avait de trouver acquéreur pour un patrimoine entier ; les *bonorum emptores* n'étaient guère que des marchands de biens formant une corporation peu estimée et n'offrant jamais qu'un prix de beaucoup inférieure à la valeur véritable du patrimoine vendu.

(1) L. 9. Eod. tit.

En même temps s'introduisait la procédure dite extraordinaire. On dut ménager le temps du magistrat, juge désormais beaucoup plus occupé. Or la *bonorum venditio* nécessitait trois interventions successives du prêteur, la *distractio bonorum* n'en exigeait qu'une. Notamment dans les provinces, la suppression des *conventus* ou assises tenues par les gouverneurs rendait impossible la triple comparution que comportait la procédure de la *bonorum venditio* et rendait nécessaire l'usage de la *distractio bonorum*.

C'est pour cette dernière raison surtout, s'il faut en croire Théophile et Justinien, que la *distractio bonorum* remplaça la *venditio* : *Hodie vero*, nous dit le premier, *cum judicia sint extraordinaria et quovis tempore exerceantur non injuria et bonorum possessiones in desuetudinem abierunt* (1).

Justinien précise : « *Sed cum extraordinariis judiciis posititas est; ideo cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt : et tantummodo datur officio « judicis bona possidere et prout utile eis visum fuerit, ea disponere* » (2) ».

C'est donc au règne de Dioclétien, date de la généralisation du système de la procédure extraordinaire qu'il faut faire remonter la disparition de la *bonorum venditio* et son remplacement par la *distractio bonorum*.

SECTION II

PROCÉDURE DE LA *DISTRACTIO BONORUM*

Il y a lieu dans cette procédure comme dans celle de la *bonorum venditio* à un envoi en possession portant sur l'en-

(1) Théophile-au pr. de success. sublat.

(2) Pr: Inst. Just. de success. sublat. 113-12.

semble du patrimoine, envoi ensuite duquel un seul délai était mentionné avant qu'il pût être procédé à la *distractio bonorum*.

D'après Justinien, ce délai aurait eu une durée excessive ; tout créancier habitant la même province que le débiteur saisi aurait eu deux ans pour se présenter et profiter de cet envoi ; le délai aurait été de quatre ans pour les créanciers habitant une autre province.

Il semble bien que la vente devait se trouver reculée d'autant, soit deux ou quatre ans après l'envoi en possession. Mais on comprend les inconvénients considérables d'un délai aussi étendu. Il est probable que si tel était le délai en principe, le juge pouvait, sur la demande des créanciers, l'abréger. Ensuite, il est permis de penser — et c'est l'opinion qui nous semble préférable — que ce délai très long ne s'appliquait qu'au cas particulier visé par le texte ; celui où le débiteur est en fuite, *qui severiores creditores formidans sese celaverit* (1) ; en toute autre circonstance et notamment en cas d'inexécution d'un jugement, il est vraisemblable que le délai était l'un de ceux que nous avons vu appliquer en cas de *bonorum venditio*, trente ou soixante jours.

Le rôle du magistrat, très simplifié, se bornait à la nomination du curateur et à autoriser la vente, ce qui se faisait dans le même décret que l'envoi en possession. Il n'y avait pas lieu à l'élection d'un *magister*. Le curateur nommé restait en fonctions jusqu'à la fin de la procédure ; il administrait les biens tant que durait l'envoi en possession, procédait à la vente, faisait aux créanciers la répartition.

(1) C. 40. Cod. VII. 72.

Ce qui distingue essentiellement la *distractio bonorum* de la *bonorum venditio*, c'est que ce n'est plus une vente en masse du patrimoine entier. La vente ne porte plus que sur les biens qu'il est nécessaire d'aliéner pour obtenir la somme nécessaire au désintéressement des créanciers (1). C'est une vente au détail, les biens sont vendus individuellement et non plus en bloc *per universitatem*.

La vente se faisait ordinairement aux enchères ; toutefois elle pouvait aussi se faire à l'amiable ; même on pouvait tirer parti des biens saisis par d'autres modes que la vente, notamment par un partage des biens entre les créanciers (2). Nous croyons que ce dernier mode devait être exceptionnel et qu'on ne l'admettait que si les biens n'avaient pas trouvé acquéreur.

SECTION III

EFFETS DE LA DISTRACTIO BONORUM

Nous examinerons rapidement les effets de la *bonorum distractio* tant à l'égard du débiteur et de l'acheteur que du curateur et des créanciers.

§ 1. — A l'égard du débiteur.

Nous aurons surtout à indiquer les différences entre les effets de la *distractio bonorum* et ceux de la *bonorum*

(1) Nov. L. III, ch. 4.

(2) C. 10, §. 1. Cod. VII. 72. — §. 1. Inst.-Just. II-19

venditio, beaucoup plus qu'à les énumérer; analyser et développer.

La différence essentielle à l'égard du débiteur, c'est que la *bonorum distractio* note pas d'infamie; c'est même ce qui avait motivé la création de cette voie d'exécution et son application première aux *personæ claræ*.

Toutefois, de ce que l'infamie était évitée, il ne s'ensuit pas que l'*existimatio* du débiteur restait intacte (1). Une constitution de Justinien en effet, accordant à tous les débiteurs le bénéfice de la cession des biens, ajoutait: « *Salva eorum existimatone* (2) ».

C'était donc puisqu'on attachait cet avantage à la cession de biens, que la voie ordinaire à cette époque, la *distractio bonorum* portait atteinte à l'*existimatio*. Mais dans quelle mesure? Nous ne pouvons le dire. Il est toutefois une des conséquences de la *bonorum venditio* que nous retrouvons ici: la *distractio* poursuivie contre le débiteur entraîne également la dissolution de toute société dans laquelle il figure.

§ 2. — A l'égard de l'acheteur

C'est surtout à l'égard de l'acheteur que les différences étaient sensibles entre la *distractio bonorum* et la *venditio*.

La *distractio* n'est plus une vente en masse, l'acquéreur n'est plus un successeur universel du débiteur, il est un simple acheteur. Il ne pouvait donc plus être tenu en quelque mesure que ce soit des dettes qui grevaient le patrimoine du

(1) Tambour. p. 232.

(2) C. 8. Code VII, 71.

débiteur saisi. Comme tout acheteur il a une action en garantie qu'il pourra exercer contre le débiteur au cas d'éviction ; mais il ne pourra exercer cette action contre les créanciers qui ont poursuivi la vente ; il n'a action contre eux qu'au cas de dol de leur part (1).

En outre à l'époque de la *bonorum distractio*, la distinction entre la propriété quiritaire et la propriété prétorienne est tombée en désuétude. D'ailleurs, la *bonorum distractio* est reconnue par les constitutions impériales.

La propriété que l'acheteur a sur les objets acquis à la vente est la propriété complète, absolue, le *dominium*.

Le prix ne consiste plus en un dividende offert aux créanciers, c'est une somme d'argent ainsi que cela se pratique dans toutes les ventes, somme que l'acheteur versera entre les mains du curateur. C'est celui-ci qui fait la répartition entre les créanciers s'ils sont plusieurs, ainsi que cela a lieu le plus souvent.

§ III. — A l'égard des créanciers

La différence est de peu d'importance pour eux entre la *bonorum venditio* et la *distractio bonorum*. Ils avaient simplement l'avantage de n'avoir à s'adresser au magistrat qu'une seule fois.

Peut-être aussi la forme de la vente, le détail au lieu de la vente en bloc, permettait-elle de trouver un meilleur prix, ce qui augmentait le dividende.

§ 4. — A l'égard du curateur

Le curateur, remplissant à la fois les fonctions du cura-

(1) Cod. 1 et 2. Cod. VIII. - 16. — L. II. § 16; Dig. XIX, 1.

teur et du *magister* de la *bonorum venditio* avait d'abord à administrer les biens saisis, pendant un délai parfois très long, de deux ou quatre ans, puis à procéder à la vente et à verser le dividende obtenu aux créanciers, après avoir juré sur l'Evangile qu'il avait opéré la vente dans les meilleures conditions possibles (1).

Les créanciers avaient contre lui pour obtenir le versement du dividende les mêmes actions que nous avons vues leur compéter à l'égard du *magister* dans la procédure de la *bonorum venditio*.

Le curateur devait aussi se présenter devant le défenseur de la cité et lui déclarer le montant du prix de la vente, sa déclaration étant ensuite enregistrée par ce magistrat.

Enfin, si la vente opérée et les créanciers désintéressés, le produit de la vente laissait un reliquat, cet excédent devait être déposé au trésor de l'église où il demeurerait consigné pendant quatre ans à la disposition des créanciers qui n'auraient pu produire leurs titres de créance avant la répartition.

A l'expiration des quatre ans, l'excédent non réclamé retournait évidemment au débiteur saisi.

(1) C. 10 § 1 Cod. VII. 72.

CONCLUSION

Il n'y a pas dans notre droit actuel de procédure générale organisant le concours entre tous les créanciers d'un débiteur non commerçant devenu insolvable. Nous pouvons constater, qu'à ce point de vue, les Romains avaient une législation bien supérieure à la nôtre.

Les inconvénients de l'état de choses actuel sont incontestables. La procédure d'ordre n'existe que pour les créanciers hypothécaires ou privilégiés. La procédure de distribution par contribution ne comprend que les créanciers qui sont intervenus à la saisie ; saisie qui ne reçoit aucune publicité et que bon nombre de créanciers peuvent ignorer sans qu'on puisse leur reprocher aucune faute. Il en résulte entre les créanciers une sorte de course à l'actif ; le désintéressement intégral est le prix de ceux qui ont été le plus rigoureux ou le mieux renseignés sur l'état des affaires de leur débiteur. Le créancier qui habite une autre province ou celui qui use de ménagements risque fort de perdre tous ses droits.

Parfois quelques créanciers trop pressés peuvent par une saisie intempestive provoquer une panique et entraîner ainsi la déconfiture d'un individu dont les affaires n'étaient pas absolument mauvaises et auraient pu se relever.

L'existence d'une procédure provoquant par une certaine publicité l'intervention de tous les créanciers enleverait à

ceux-ci la crainte de ne pas être compris dans la répartition et leur permettrait d'attendre. Un concordat ou toute autre convention analogue que pourrait imposer la majorité donnerait parfois à un débiteur dont les affaires sont momentanément embarrassées le temps de sortir d'un mauvais pas.

L'organisation d'une faillite ou d'une liquidation des non commerçants s'impose à l'attention de nos législateurs.

Nous pensons que la procédure de la *bonorum venditio*, sauf à l'adapter aux mœurs de notre époque, à la débarrasser des inconvénients qu'elle présentait et notamment de l'obligation de vendre en masse, pourrait inspirer le réformateur ; elle serait certainement pour lui d'une connaissance fort utile.

Faisons remarquer en terminant que la *bonorum venditio* présente avec la faillite des commerçants d'assez nombreuses ressemblances.

Dans ces deux institutions nous voyons la masse des créanciers, et non chaque créancier pris isolément, agir et saisir la masse des biens de leur débiteur, le débiteur est dessaisi de son patrimoine dont l'administration passe à un représentant des créanciers, un curateur à Rome, un syndic dans notre droit commercial. Des mesures de publicité, des assemblées de créanciers se retrouvent dans l'une et l'autre de ces procédures qui arrivent à un résultat analogue, la vente des biens du débiteur (1).

La *bonorum venditio* nontait d'infamie, la faillite entraîne elle aussi certaines incapacités.

(1) Dans notre droit commercial la solution normale de la faillite est l'union, c'est-à-dire la vente.

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE	1
INTRODUCTION.....	3
CHAPITRE PREMIER. — ETUDE HISTORIQUE DES VOIES D'EXÉCUTION, ANTÉRIEUREMENT A LA BONORUM VENDITIO	6
SECTION PREMIÈRE: — Des voies d'exécution sur la personne	6
§ 1. — De la manus injectio ..	7
§ 2. — Du nexum.....	16
SECTION II. — De la pignoris capio.....	19
SECTION III. — De la bonorum sectio.....	23
SECTION IV. — Origine de la bonorum venditio.....	26
CHAPITRE II. — DES CAS D'APPLICATION DE LA BONORUM VENDITIO	28
SECTION PREMIÈRE. — Absentia ou indefensio.....	28
§ 1. — Absence.....	30
§ 2. — Incapacité.....	34
§ 3. — Capitis deminutio.....	37
SECTION II. — Inexécution d'une condamnation....	38
§ 1. — Judicatus.....	38
§ 2. — Confessus in jure.....	39
SECTION III. — De la cession de biens.....	39
§ 1. — Principes	40
§ 2. — Qui peut faire cession de biens.....	43
SECTION IV. — Vente des biens d'un mort	47
CHAPITRE III. — DE LA PROCÉDURE DE LA BONORUM VENDITIO..	49
SECTION PREMIÈRE. — De la missio in possessionem rei servandæ causa	50
§ 1. — Procédure de la missio in possessionem.....	50

§ II. — Des créanciers qui peuvent obtenir l'envoi en possession et de ceux qui en profitent.....	54
§ III. — Quels biens sont compris dans l'envoi	55
§ IV. — Effets de la missio in possessionem..	56
I. — Quant aux créanciers.....	56
II. — Quant au débiteur.....	58
§ V. — Administration du patrimoine saisi pendant l'envoi en possession.....	59
§ VI. — Comment l'envoi en possession prend fin.....	63
§ VII. — De la missio in possessionem considérée comme mesure distincte de la bonorum venditio.....	66
SECTION II. — De la bonorum venditio proprement dite.....	66
CHAPITRE IV. — DES EFFETS DE LA BONORUM VENDITIO.....	72
SECTION PREMIÈRE. — Effets à l'égard du débiteur.....	72
§ I. — Dépouillement de son patrimoine....	72
§ II. — Infamie.....	76
SECTION II. — Effets à l'égard du bonorum emptor.	79
§ I. — Des droits du bonorum emptor	79
§ II. — Des obligations du bonorum emptor.	86
SECTION III. — Effets à l'égard des créanciers.	90
CHAPITRE V. — DE LA DISTRACTIO BONORUM.....	92
SECTION PREMIÈRE. — Origine de la distratio bonorum....	92
SECTION II. — Procédure.....	94
SECTION III. — Effets.....	96
§ 1. — A l'égard du débiteur.....	96
§ 2. — A l'égard de l'acheteur.....	97
§ 3. — A l'égard des créanciers.....	98
§ 4. — A l'égard du curateur.....	98
CONCLUSION.....	101

DROIT FRANÇAIS

DU

SECRET PROFESSIONNEL

BIBLIOGRAPHIE

- Armanet.** — Le refus de témoigner en justice et le secret professionnel. — *Gazette des Tribunaux*, 24 octobre 1891.
- Blanche.** — *Etudes pratiques sur le Code Pénal*, Paris 1872.
- Bouchut.** — Du secret médical. (*Gazette des Hôpitaux*, 1872, p. 294).
- Bouillet.** — Le Secret imposé aux médecins (*Annales d'hygiène publique et de médecine légale* 1835, 1^{re} série t. XIII, p. 461.)
- Bourgarel.** — Etude théorique sur la révélation de secrets. — *Journal des Parquets*, 1888, p. 86.
- Briand et Chaudé.** — *Manuel complet de médecine légale*, Paris, 1869.
- Brouardel.** — *Le Secret médical*, Paris 1887.
- Bruno-Lacombe.** — Le Secret professionnel en médecine, discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de Bordeaux, le 16 octobre 1885.
- Chaudé.** — Du Secret médical. — (*Annales d'hygiène publique et de médecine légale*, 1864, 2^e série, t. XXI, p. 408).
- Chauveau, Faustin Hélie et Villey.** — *Théorie du Code Pénal*, Paris, 1888.
- Cresson.** — *Usages et Règles de la profession d'avocat*, Paris, 1888
- Cubain.** — *Traité de la procédure devant les Cours d'Assises*. Paris 1851.
- Dalloz.** — *Répertoire*, 1858.
- Dechambre.** — *Le médecin*, Paris 1883.

- Demange, Devergie et Géry.** — Rapport à la Société de médecine légale. (Annales d'hygiène publique et de médecine légale, 1869, t. XXXI, p. 445.
- Déroutet.** — Du Secret professionnel. — Revue pratique, 1874 et 1875, t. XXXVI et XXXVII.
- Duverger.** — Manuel des Juges d'Instruction. Paris, 1866.
- Faustin-Hélie.** — Traité de l'Instruction criminelle, Paris, 1860.
- Fuzier-Herman.** — Répertoire. Paris, 1890.
- Gardeil.** — Jurisprudence criminelle. Revue critique, 1891.
- Garraud.** — Traité théorique et pratique du Droit pénal français. Paris, 1894.
- Hallays.** — Le Secret professionnel. Paris 1890.
- Hémar.** — Le Secret médical. Revue critique, 1869, t. XXXV.
- Heurteloup.** — Secret professionnel. (Annales d'hygiène publique et de médecine légale, 1879, p. 460)
- Jeannel.** — Du Secret médical. Union médicale du 26 août 1864.
- Lafforgue.** — Du Secret professionnel en médecine. Toulouse, 1888.
- Lavaux.** — Le Secret en médecine dans ses rapports avec la Jurisprudence. Paris 1869.
- Legraverend.** — Traité de la Législation criminelle en France. Paris, 1823.
- Lepoittevin.** — Dictionnaire formulaire des Parquets. Paris, 1886.
- Locré.** — Législation civile, commerciale et criminelle. Paris 1827.
- Max Simon.** — Déontologie médicale. Paris 1845.
- Merlin.** — Répertoire. — Paris 1827.
- Mollot.** — Règles de la profession d'avocat, Paris 1866.
- Morin.** — Discipline Judiciaire. Paris, 1847.
— Rep. de droit crim. Paris, 1850.
- Muteau.** — Du Secret professionnel. Paris, 1870.
- Nouveau dictionnaire de médecine et de chirurgie pratique. T. XL. art. Secret médical.
- Pandectes Françaises.** — Répertoire. Paris, 1883.

Rauter. — Traité théorique et pratique du droit criminel français. Paris, 1836.

Royer. — Du Secret professionnel. Paris, 1887.

Sallantin. — Rapport à la Cour de Cassation sur l'affaire Fay.
(Sirey 1892-1-473).

Tanon. — Rapport à la Cour de Cassation sur l'affaire Watelet.
(Sirey 1886-1. p. 86).

Tourdes. — Secret médical (Dictionnaire encyclopédique des Sciences médicales).

Trébuchet. — Jurisprudence de la médecine. Paris 1834.

Verwaest. — Etude médico-légale sur le secret professionnel.
Paris 1892.

Vibert. — Précis de médecine légale. Paris 1890.

Villey. — Note sous l'arrêt de la Cour de Paris dans l'affaire Watelet. (Sirey 1885, 2 p. 121).

Note sous l'arrêt de la Cour de Cassation dans l'affaire Fay-
(Sirey, 1892. 1. 473).

De l'intention en matière pénale. (France judiciaire, 1876-77,
1^{re} partie p. 4).

De l'intention, de l'ignorance, de l'erreur et de la bonne foi en
matière pénale (France judiciaire, 1876-77, 1^{re} partie p. 313).

DU SECRET PROFESSIONNEL

INTRODUCTION

Une étude du secret professionnel soulève de très délicates et très intéressantes questions qui ont déterminé notre choix.

Il ne suffit pas en effet de poser les principes généraux de cette loi du secret que le Code pénal impose à certaines personnes dépositaires par profession des secrets d'autrui.

Cette obligation légale nécessite l'examen d'un certain nombre d'hypothèses qui ont donné lieu à des discussions vives, souvent même passionnées, et dans lesquelles des auteurs ont prétendu qu'il était possible de relever le confident de son secret, en invoquant des considérations de haute moralité et d'utilité sociale. Ces controverses qui se sont élevées soit devant les Tribunaux, soit devant les Sociétés savantes ont fréquemment trouvé un écho auprès du public.

Sans doute à diverses reprises déjà, des auteurs éminents, parmi lesquels nous nous empressons de citer M. Muteau, Conseiller à la Cour d'appel de Paris et M. le professeur Brouardel, ont tracé avec une haute autorité les règles du secret professionnel.

Mais depuis la publication de leurs ouvrages, des questions nouvelles se sont posées qui avaient échappé à leur examen et à l'étude desquelles nous nous attacherons surtout.

Au cours de ces dernières années, les Tribunaux ont rendu un certain nombre de décisions qu'il est utile d'examiner. La Cour de Cassation a persisté dans la jurisprudence qu'elle avait inaugurée en 1885 et qui n'exige plus l'intention de nuire comme condition constitutive du délit de révélation de secret. La Cour suprême a également en 1891 posé des règles nouvelles au secret professionnel des ministres du culte et en 1893 elle a déterminé à nouveau la nature des confidences qui entraînent l'obligation du secret.

De même nous aurons à nous demander quels sont les droits de l'autorité judiciaire à l'égard de pièces déposées au domicile d'un confident nécessaire, nous étudierons les obligations imposées par le code d'Instruction Criminelle à l'expert judiciaire et en particulier aux membres du corps médical, nous examinerons enfin les dérogations apportées au secret médical par la loi nouvelle du 30 novembre 1892.

Nous nous efforcerons de donner les solutions qui nous paraîtront les plus juridiques et les plus rationnelles et de poser en même temps les principes généraux qui doivent guider les dépositaires de secrets dans l'exercice de leur délicate mission. En pareille matière, nous estimons qu'il n'y a pas de meilleur guide que la loi elle-même. Nous y aurons toujours recours dans les hypothèses discutées et nous tâcherons d'en faire prévaloir et le texte et l'esprit.

L'article 378 du Code pénal fait à certaines personnes qui, par état ou profession sont appelées à recevoir les secrets d'autrui, l'obligation de garder le silence sur les faits qui sont portés à leur connaissance. Pour la première fois en 1810, une semblable disposition trouvait place dans nos lois; mais les mœurs avaient devancé le législateur. Dans l'antiquité, à Rome et surtout en Grèce, les médecins, en l'absence de toute loi, s'imposaient à eux mêmes le devoir de discrétion. Ces traditions passèrent dans notre Ancien Droit où ceux que nous appellerons des confidents nécessaires eurent un sentiment assez élevé de leurs devoirs professionnels pour suppléer au silence du législateur. Sans doute, certaines ordonnances ont été rendues sur cette matière, mais elles n'étaient relatives qu'à telle ou telle classe particulière des dépositaires de secrets. Elles ne forment pas une théorie générale. Leurs dispositions sont souvent confuses et même contradictoires (1).

Le législateur de 1810 a pensé, avec raison, qu'il était nécessaire de donner une sanction pénale aux anciennes coutumes et il a édicté l'article 378 qui formera la base de notre étude. Article 378. Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes, et toutes autres personnes dépositaires par état ou profession des secrets qu'on leur confie, qui, hors les cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de cent à cinq cents francs.

Par cette disposition, la loi a non seulement voulu obliger

(1) Cette absence d'unité nous empêche de donner au début de notre travail un aperçu général historique. Nous préférons exposer l'état de notre Ancienne Jurisprudence, sur les questions dont elle s'est occupée, quand ces questions se présenteront à notre examen.

le confident à garder le secret sur toutes les confidences qui lui sont faites ; elle a visé plus haut et voulu d'une manière générale donner au public une confiance inébranlable dans la discrétion de certaines personnes.

Elle a entendu édicter un principe d'intérêt social, nous ne pensons pas en effet avec M. Verwaest (1) qu'elle ait eu en vue uniquement les intérêts particuliers de chacun de ceux qui ont confié un secret et qu'elle ait considéré le secret professionnel comme « la sanction d'une convention librement » intervenue entre le médecin et son client, convention d'où « dérive pour celui-ci le droit qu'il a d'exiger le silence du » praticien auquel il s'est confié ». Nous n'en voulons pour preuve que les considérations exposées par les rapporteurs de la loi, lors de la discussion. Le rapport fait au Corps Législatif, dans sa séance du 7 février 1810, par le Chevalier Faure, les comtes Réal et Giunti, Conseillers d'Etat, s'exprimait ainsi : « Ne doit-on pas, en effet, considérer comme un délit grave des révélations qui souvent ne tendent à rien moins qu'à compromettre la réputation de la personne dont le secret est trahi, à détruire en elle une confiance devenue plus nuisible qu'utile ; à déterminer ceux qui se trouvent dans la même situation à aimer mieux être victimes de leur silence que de l'indiscrétion d'autrui, enfin à ne montrer que des traîtres dans ceux dont l'État ne semble devoir offrir que des êtres bienfaisants et de vrais consolateurs (2). Le 17 février 1810, le tribun Monseignat se prononçait dans le même sens.

La révélation d'un secret ne devient punissable que si elle est faite par une de ces personnes dont nous aurons à dres-

(1) Le secret professionnel p. 15 et suivantes.

(2) Loc. cit. Législation civile et criminelle de la France, t. XXX p. 494.

ser la liste, visées par l'article 378, et dans les conditions prévues par cet article. Si un simple particulier, auquel un secret a été confié, trahit la confiance qu'il avait inspirée, il commet sans doute une faute grave, contraire aux lois de la morale et de l'honneur. Mais cette révélation ne saurait tomber sous le coup de la loi pénale ; elle pourrait seulement donner naissance à une action civile du chef de l'article 1382 du Code civil. Nos conclusions seraient les mêmes, quelles que soient les circonstances de fait et si, par exemple, cette personne avait prêté le serment de garder le secret. En parlant, elle ne commettrait pas le délit de révélation de secrets et elle ne pourrait d'autre part se retrancher derrière son serment pour refuser de déposer en justice. Telle est la doctrine adoptée, au moins implicitement, par un jugement du Tribunal de Bourges du 15 juin 1816 et qui a été consacrée à diverses reprises par la Cour de Cassation, notamment le 30 novembre 1820 (affaire Madier de Montjau et le 8 mai 1828 (affaire d'Auterive) (1). Le 30 novembre 1820, la Cour de Cassation censura avec réprimande un conseiller à la Cour de Nîmes, Madier de Montjau, qui, après avoir dénoncé l'existence d'un complot contre la sûreté de l'Etat refusait d'en faire connaître les auteurs dont il avait juré de taire les noms. La Cour estima que le serment de ne pas révéler, prêté volontairement, hors la nécessité des fonctions civiles ou religieuses, ne pouvait être un motif de refuser à la justice des révélations qu'elle requerrait dans l'intérêt de la société. Carnot cite dans le même sens, un arrêt de la Cour de Paris (Code Pénal article 378). Si respectables que soient les sentiments qu'elle froisse, cette jurisprudence est la seule conforme à la loi.

(1) Dal. Rep. V. Discipline judiciaire N. 146.

D'autre part, l'article 378 n'est pas applicable à toutes les personnes qui, au cours de leur carrière, sont appelées à recevoir les confidences d'autrui. Il faut distinguer les secrets des particuliers et les secrets d'État, les premiers étant seuls protégés par la loi pénale, les seconds restant en dehors de ses prévisions. Vis-à-vis des personnes dépositaires des secrets d'État et en particulier des diplomates, l'obligation de l'article 378 n'existe pas. Les travaux préparatoires de la loi nous en fournissent une preuve péremptoire. Les considérations qu'ils font valoir n'ont trait qu'à la sauvegarde des intérêts des particuliers et de leurs familles et non de ceux de l'État. L'article 378 est, de plus, placé dans le titre : Crimes et délits contre les particuliers; tandis que dans le titre précédent, Crimes et délits contre la chose publique, la loi a exposé les infractions que peuvent commettre les fonctionnaires sans y comprendre la révélation des actes dérivant de l'exercice de leurs fonctions. Contre les fonctionnaires infidèles qui auront trahi le secret de l'État, le Gouvernement pourra user de mesures disciplinaires et administratives et pourra, de plus, souvent trouver dans des articles du Code, autres que l'article 378, le principe d'une poursuite (articles 80-81 et suivant du Code pénal).

La question ne s'est jamais posée devant nos Tribunaux; mais elle ne peut être douteuse. M. Hallays (1), rapporte un événement survenu en Roumanie en 1881 qui a attiré l'attention des jurisconsultes sur la révélation des secrets d'État et à propos duquel on a appliqué la théorie que nous soutenons. L'article 305 du Code pénal Roumain est la traduction littérale de notre article 378. M. Callimaki Catargi, ministre plénipotentiaire de Roumanie à Paris, avait été destitué par

(1) Secret professionnel, p. 127.

son gouvernement pour avoir remis à l'Angleterre une note agressive vis à vis de l'Autriche, sans avoir au préalable pris l'avis de ses chefs hiérarchiques. Le Ministre des Affaires Étrangères motiva la destitution par une note assez dure pour M. Callimaki-Catargi. Celui-ci, afin de se justifier, publia à Paris une brochure où il reproduisait certains documents diplomatiques au mépris du secret professionnel. En Roumanie, l'affaire causa un grand scandale. Double interpellation à la Chambre et au Sénat; on réclamait la mise en accusation du fonctionnaire infidèle. Au Sénat M. Gradisteano, jurisconsulte distingué, appuyait sa motion sur l'article 303 et cherchait à réfuter cette objection que le texte ne vise que les secrets des particuliers. M. Statesco, Ministre des Affaires Étrangères, déclara qu'à ses yeux une pareille poursuite était périlleuse et qu'on pouvait craindre de nouvelles divulgations. Quant à la question de droit une nouvelle loi seule pouvait selon lui la trancher. (Séance du 22 Décembre 1881). Le ministre déposa un projet de loi sur la révélation des secrets par les agents diplomatiques. Mais de guerre lasse, la Chambre rebutée par les mille difficultés auxquelles elle se heurtait, laissa tomber le projet. L'affaire en est restée là.

Après avoir ainsi sommairement indiqué que l'article 378 ne s'applique qu'à certaines personnes dépositaires par état ou profession des secrets des particuliers, nous aborderons immédiatement l'étude de cet article. Nous la diviserons en trois parties.

1° Conditions générales du Secret Professionnel.

2° Du Secret Professionnel invoqué en Justice.

3° Des personnes soumises à l'obligation du secret.

PREMIÈRE PARTIE

CONDITIONS GÉNÉRALES DU SECRET PROFESSIONNEL

CHAPITRE PREMIER

DES FAITS SECRETS

Au début de cette étude nous devons d'abord déterminer la portée de l'article 378 et examiner les conditions dans lesquelles une confiance peut donner naissance à l'obligation du secret.

Le confident est-il tenu au silence sur tous les faits qui ont pu parvenir à sa connaissance dans l'exercice de sa profession ou bien au contraire faut-il parmi ces faits admettre des distinctions ?

Sur cette délicate question plusieurs opinions ont été soutenues. L'une d'elles, qui a été autrefois consacrée par la Cour de Cassation, notamment dans l'affaire St-Pair (1), exigeait pour que l'obligation au secret prit naissance que ce

(1) Cass. 26. juillet 45. D. 45. 1. 340. Cass. 10 juin 1853. D. 53. 1. 205.

secret eut été demandé au confident. Cette théorie qui ne compte aujourd'hui que bien peu de partisans n'a pas tardé à être abandonnée par la Cour suprême.

On ne la trouve en effet ni dans le texte ni dans les motifs de la loi. L'article 378 est général et ne distingue pas le cas où le secret a été expressément exigé et celui où il ne l'a pas été. De plus la loi a voulu que la confiance due au confident nécessaire s'imposât à tous ; elle a voulu que le malade pût, sans craindre d'être jamais trahi, dévoiler à son médecin l'état de sa santé, le croyant mettre son âme à nu devant le prêtre et l'accusé faire connaître à son avocat sa culpabilité ou tous les détails de son crime. Pourquoi alors exiger une manifestation de volonté qui, si elle est dans la pensée, ne se traduira pas toujours par des paroles.

Abandonnant sa première jurisprudence, la Cour de Cassation dans un arrêt du 6 janvier 1855 (1) déclara que le secret professionnel était imposé en raison de tous les faits connus dans l'exercice de la profession et « qui seraient de nature à exiger de la discrétion ».

Deux opinions se sont encore fait jour sur le point de savoir ce qu'il fallait entendre par faits exigeant de la discrétion. M. Muteau (2), dont nous aurons bien souvent à invoquer le nom et l'autorité, a très énergiquement soutenu qu'il n'y avait à faire aucune distinction et que tout fait quel qu'il soit, parvenu à la connaissance du confident nécessaire, devait être considéré par lui comme secret. Et MM. Royer, Hallays et Lafforgue se ralliant à cette théorie ont prétendu que ce n'était qu'entendu ainsi que l'article 378 pouvait constituer une garantie véritablement sérieuse et efficace. Les raisons qui militent

(1) P. 55, I. 30.

(2) Du Secret professionnel p. 30.

en faveur de ce système ont été ainsi indiquées par M. le Professeur Brouardel (1). « Mais je le répète à dessein, dit-il, si nous « voulons, lorsque que nous nous taisons, que notre silence ne « soit pas interprété d'une façon défavorable, il faut que, même « pour les maladies qui n'ont rien de secret, nous observions le « silence ». Mais l'éminent médecin légiste, remarquons le bien, n'expose pas une théorie juridique, il n'envisage pas la question au point de vue répressif, son but est simplement de tracer aux médecins une règle de conduite, de les aider à résoudre les difficultés qui peuvent se présenter dans la pratique de leur art. En exprimant cette pensée, il n'examine pas la question en droit et le secret professionnel dans son principe légal. Plus loin, il reconnaît d'ailleurs, qu'au regard de la loi, le secret professionnel a une portée moins absolue (2).

Sans doute, en pratique, le médecin se trouvera bien de garder dans tous les cas un silence prudent qui lui permettra d'éviter d'indiscrètes questions. Son refus de parler, s'il est habituel, ne prêterait pas à des suppositions malveillantes. Si, au contraire, il se manifeste après de nombreuses et faciles révélations, il n'est pas douteux que la malignité publique ne tire immédiatement de cette attitude des conséquences défavorables au malade. Dans la vie journalière, nous pensons que le confident devra s'inspirer des conseils donnés par le docteur Brouardel et s'abstenir soigneusement de toute révélation même sans portée. Mais, en droit, la question change de face et l'obligation légale ne présente pas des exigences aussi absolues.

A notre avis, il sera impossible de déterminer a priori si

(1) Secret médical p. 243.

(2) p. 81. 106. 116. 230

tel fait doit être couvert par le secret professionnel ; mais, avec la majorité des auteurs et la jurisprudence, nous admettrons que pour qu'un secret professionnel existe, pour que le confident soit dispensé de déposer sur certains faits, il faut qu'ils aient un certain caractère confidentiel.

Le professeur Brouardel, examinant quelles sont les confidences qui doivent rester secrètes, en détermine trois catégories. Cet examen montre bien qu'il ne s'est pas rallié, sur cette question, à la théorie du secret absolu.

Le médecin, dit-il en substance, doit garder le silence sur la nature de certaines maladies, les affections vénériennes, toutes les maladies réputées héréditaires.

La révélation du nom d'autres maladies ne constitue certainement pas la violation d'un secret. Mais, persévérant dans ses conclusions pleines de prudence, il ajoute qu'il faut restreindre ces confidences, qui parfois peuvent devenir nécessaires, (en cas de maladie épidémique) au minimum utile pour que dans d'autres circonstances, en cas de refus de déclarer le nom de l'affection, le silence ne soit pas interprété d'une façon défavorable.

L'avenir, le pronostic de la maladie constituent le deuxième élément du secret. Si le malade revient à la santé, les renseignements donnés par le médecin pourraient lui nuire grandement.

Enfin, il est des circonstances de fait qui font un secret d'une maladie qui, sans les conditions étrangères à celle-ci, pourrait être librement divulguée. Une blessure par un coup d'épée, qui n'est pas par sa nature de la catégorie des affections secrètes peut y rentrer si elle a été reçue dans un duel (affaire Saint Pair). De même une mort subite, survenue par exemple dans une maison mal famée ne, saurait être divulguée.

Nous étendrons cette théorie à toutes les classes de confidentes nécessaires. N'est-il pas excessif et même un peu puéril de donner à l'article 378 une portée absolue, de prétendre, par exemple, que le médecin viole le secret professionnel en faisant connaître que son client s'est fait une entorse, souffre de la migraine ou de telle indisposition plus bénigne encore, que l'avocat trahit son devoir en révélant certains détails insignifiants de l'affaire qu'il va plaider. Il n'en serait ainsi que si le client timoré avait demandé le secret ou si les circonstances l'imposaient ; mais, dans le cas contraire, nous ne pensons pas qu'une telle révélation puisse tomber sous le coup de la loi.

Vis-à-vis de certains faits, le secret professionnel devra donc être respecté dans tous les cas par le confident qui, en les divulguant, manquerait d'une part à ses obligations professionnelles et s'exposerait d'autre part à des poursuites correctionnelles. Dans d'autres hypothèses, le secret professionnel n'existera que si certaines conditions se trouvent réunies, si, par exemple, le silence a été demandé ou si les circonstances le rendent nécessaire. On comprendra facilement, en effet, qu'il peut se rencontrer bien des conjonctures où un individu aura intérêt à tenir caché un fait peut-être complètement insignifiant et que lui-même, en d'autres circonstances, n'aurait pas hésité à révéler.

C'est ainsi qu'un individu qui souffre de crises rhumatismales assez fréquentes ne craindra pas généralement de faire connaître son mal, et n'aura pas d'intérêt à le tenir secret. Cet intérêt peut cependant dans bien des cas prendre naissance et cela suffira pour exiger du médecin un silence complet. Le malade, par exemple, veut entrer dans une usine comme ouvrier ou comme employé. Il a tout lieu de craindre que si l'affection dont il souffre parvient à la con-

naissance du chef de l'établissement celui-ci ne repousse sa demande, en raison des chômages fréquents qui pourront en être la conséquence. Dans cette hypothèse le malade gardera le silence et le médecin devra l'imiter.

De même un industriel veut contracter un emprunt et dans ce but s'adresse à un notaire. Il se peut qu'il n'exige pas que le secret lui soit gardé. Sa situation est prospère et en empruntant il veut étendre son industrie. Le premier peut-être, il révélera ses intentions. Dans ce cas le notaire, qui divulguerait le projet de son client, ne tomberait pas sous le coup de la loi pénale. Mais il se peut, au contraire, que l'emprunt projeté ait pour but de relever une situation compromise que le public ne soupçonne pas. L'emprunteur aura grand intérêt à tenir secrète l'existence de l'emprunt qui jette un jour fâcheux sur l'état de ses affaires. Les renseignements que le notaire pourrait donner au public seraient de nature, en portant le discrédit sur son établissement, à lui causer un grave préjudice. On comprend fort bien que le secret professionnel, inutile dans le premier cas, soit exigé dans la seconde hypothèse.

Que l'on ne dise pas d'ailleurs que le système que nous venons d'exposer batte en brèche l'article 378 en en diminuant la portée protectrice. Le secret sera déjà assuré par les sentiments de devoir professionnel des confidents nécessaires, qui sauront parfaitement dans l'immense majorité des circonstances, établir la distinction entre les faits qui doivent demeurer secrets et ceux dont la révélation ne saurait avoir aucune conséquence.

L'application éventuelle de l'article 378 sera une deuxième garantie à l'égard de ceux qui seraient tentés de sacrifier ce devoir professionnel au désir de satisfaire la curiosité publique. Les Tribunaux auraient à apprécier si le fait divulgué

rentre ou non dans la catégorie de ceux que la loi entend protéger.

Cette théorie a été adoptée par de nombreux auteurs. (Merlin, Répertoire V^o *témoin judiciaire*. Carnot. De l'instruction criminelle t. 1. p. 667. Bourguignon, Manuel d'instruction criminelle t. 1. 253. Legraverend Législation criminelle t. 1. 266. Chauveau, Faustin-Hélie et Villey t. V. p. 23. Blanche t. V p. 553. Nous pensons, dit M. Hémar, que l'appréciation de circonstances qui rendent les faits confidentiels et secrets ne peut relever que de la conscience du médecin. C'est également l'opinion de M. Cresson. (1) L'avocat, écrit-il, doit refuser de déposer à moins qu'il ne s'agisse de faits non confidentiels. Il en est de même pour l'avoué (Pandectes françaises V^o *Avoué*).

La jurisprudence est également conforme à cette doctrine, qui après avoir été proclamée dans d'anciens arrêts (2), vient de l'être à nouveau et tout récemment par la Cour de Cassation. Par arrêt en date du 16 mars 1893, rapporté dans le Journal « la Loi » du 7 juin 1893, la Cour après avoir déclaré qu'un directeur d'hospice était tenu d'observer le secret professionnel a décidé que le simple fait d'avoir été admis dans un hospice ne rentre pas dans la classe des secrets dont l'article 378 interdit la révélation.

Telles sont les conditions générales exigées pour que le secret professionnel prenne naissance ; mais le secret peut se présenter au confident dans des circonstances particulières qu'il est intéressant et utile d'examiner.

Ce confident peut avoir connaissance de secrets dont il ne lui a pas été fait révélation verbale, mais que son habileté

(1) Usages et règles de la profession d'avocat (t. 1. p. 264.)

(2) Rouen 5 août 1816. Aff. Leriche, Palais Chronolog. — Cassation 23 juillet 1830. D. 30.1.321. C. 6 janvier 1855. S. 55.1.155.

professionnelle lui a permis de découvrir. Le médecin a pu diagnostiquer une affection que le malade ignorait ou ne voulait pas révéler ; l'avocat, le prêtre, au milieu des déclarations embarrassées, souvent contradictoires, de celui qui a eu recours à leur ministère, ont pu acquérir la connaissance d'un secret qui leur était caché. Le confident devra-t-il également garder le silence sur ce qui ne lui a pas été expressément confié.

Avec la presque unanimité des auteurs, nous estimons que la question ne saurait faire doute et que le confident est ici lié par le secret professionnel.

Un auteur, Trébuchet, a cependant soutenu l'opinion contraire, qu'il applique à l'espèce suivante : « Un médecin appelé
« auprès d'une femme menacée d'une fausse couche explore
« l'état des parties génitales, il trouve une plaie au museau
« de tanche, il examine et acquiert la conviction qu'un ins-
« trument piquant a été implanté sur cette partie. Une ten-
« tative de provocation d'avortement au moyen de cet ins-
« trument a été faite ; il n'en peut douter ; que faire, il n'est
« pas tenu au secret par la loi, car on ne lui a rien confié.
« Doit-il révéler ? »

Et dans l'hypothèse qu'il vient d'examiner, cet auteur prescrit la révélation s'il s'agit d'une femme habituée au vice, tandis que dans le cas contraire, il conseille au médecin de garder le silence.

Avec Dalloz nous ne pensons pas que l'on puisse soutenir sérieusement que la femme qui a permis au médecin une pareille exploration ne lui a rien confié, car il est facile de comprendre qu'en se livrant à l'examen d'un homme de l'art, elle lui confie tout ce qu'il peut apprendre par les investigations auxquelles elle se prête.

Cette étrange théorie aboutirait d'ailleurs à restreindre à

un petit nombre de cas l'application de l'article 378 et dénaturerait ainsi la pensée du législateur. Le malade qui consulte un médecin ignore souvent le mal dont il souffre, ou du moins n'en soupçonne pas toute l'étendue. Le médecin, par humanité ou pour arriver à une guérison plus facile, lui cachera probablement une partie de la vérité que son examen lui aura fait découvrir. Pourra-t-il ensuite divulguer ce secret qu'il a jugé à propos de dissimuler au malade lui-même. Evidemment non. L'obligation du secret doit rester la même dans tous les cas et s'étendre à toutes les constatations médicales ou autres qui découlent d'une première confidence.

Nous appliquerons donc à l'hypothèse qui nous occupe la brève formule de l'Académie de Paris : « *Aegrorum arcana visa, audita, intellecta elimiret nemo ;* » précepte que M. Brouardel reproduit et qui nous paraît indiquer au médecin et par suite à tout autre confident, la véritable étendue de ses devoirs. Le secret est donc pour le médecin, tout ce qu'il a appris à l'occasion de la pratique de son art, tout ce qu'il a vu, entendu ou compris à la suite de son examen.

Le confident peut acquérir la connaissance de faits extra-professionnels ; le médecin, appelé au lit d'un malade, peut pénétrer les secrets d'une famille qui n'ont cependant aucun rapport avec l'exercice de sa profession. Nous nous rallions aux conclusions présentées par M. Muteau, d'après lesquelles, comme dans l'hypothèse que nous venons d'examiner, tout ce que le confident voit, tout ce qu'il entend, doit en semblables circonstances rester à l'état de secret. Ce n'est en effet qu'en raison de la confiance due à la profession qu'il exerce que le confident a pu connaître ces faits ; il doit donc garder un mutisme absolu. Mais il faut évidemment que ce fait réunisse les caractères que nous avons indiqués, d'un secret

et en particulier qu'il soit de nature à exiger de la discrétion.

Cette doctrine était déjà professée par Domat (*Droit Public* livre 1 titre XVII Sect. 2. n° 13. t. II. p. 129). « Comme les médecins, les chirurgiens et les apothicaires ont souvent des occasions où les secrets des malades et de leur famille leur sont découverts, soit par la confiance qu'on peut avoir en eux, soit par les conjonctures qui rendent leur présence nécessaire dans le temps où l'on traite d'affaires ou autres choses qui demandent le secret ; c'est un de leurs devoirs de ne pas abuser de la confiance qu'on leur a faite et de garder exactement et fidèlement le secret des choses qui sont venues à leur connaissance et qui doivent demeurer secrètes ».

Dans le même ordre d'idées, nous considérerons comme couvertes par le secret professionnel les confidences faites à un dépositaire de secrets, en dehors des limites strictes de sa profession, mais en raison de cette profession et de la confiance qu'elle inspire.

Il peut se présenter bien des cas où le confident, dont le ministère n'était pas obligatoirement exigé, aura eu connaissance de faits qui sont de nature à exiger de la discrétion.

En étudiant le secret professionnel des prêtres, nous verrons plus en détail quelles obligations résultent pour eux de la confiance qui leur est faite en dehors de la confession. Disons toutefois qu'en cette occurrence, on leur reconnaît très généralement le droit de s'abstenir de déposer en justice et qu'on leur impose l'obligation du silence. C'est du moins cette doctrine, qui, consacrée une première fois par la Cour d Cassation le 30 novembre 1810, l'a été à nouveau et d'une façon très nette le 4 décembre 1891 (1).

1 S. 92. 1. 473.

La Cour suprême a appliqué à d'autres catégories de confidents ce principe, que le secret professionnel n'existe pas seulement pour eux à l'égard des faits connus dans le strict accomplissement de leurs fonctions. C'est ainsi que, par arrêt du 23 juillet 1830 (affaire Cressent) elle a proclamé que pour les notaires l'obligation du secret s'étend aux pourparlers qui précèdent la rédaction des actes.

Dans un arrêt du 5 avril 1851 la Cour décida que l'avoué peut refuser de déposer, en se renfermant dans le secret qui lui est imposé en qualité d'officier ministériel, même si les faits ne sont pas parvenus à sa connaissance dans des circonstances où son ministère était obligatoire, c'est-à-dire à l'occasion d'un procès né ou à naître.

Un avoué, M^e Génestal, lors de la vente d'une étude de notaire, avait prêté son concours aux parties contractantes. Une difficulté sur le règlement du prix s'éleva plus tard entre le cédant et le cessionnaire ; une instance fut introduite et M^e Génestal fut cité comme témoin. Il refusa de déposer sur les conditions du traité, prétendant que lors de sa conclusion, il avait été choisi comme conseil par les deux parties qui lui avaient accordé leur confiance, confiance qu'il trahirait en dévoilant les clauses de la convention. Cette prétention, repoussée d'abord par le Tribunal de la Seine, fut admise par la Cour de Paris.

« Considérant, dit l'arrêt, que vainement on essaye de prouver que l'intervention de Génestal ne se rattachait aucunement à ses fonctions et à son caractère d'avoué et que les conseils qu'il a pu donner ne procédaient pas de cette qualité : qu'aucun fait ne justifie cette distinction, suffisamment écartée par l'appréciation intime et consciencieuse de Génestal qui, recevant les communications et les confidences des parties, a pu et dû croire que c'était bien aux lumières

et à l'expérience de l'officier public qu'elles avaient entendu et voulu recourir ».

Nous avons reproduit ce passage de l'arrêt parce qu'il met fort bien en lumière les raisons qui nous font repousser toute distinction entre les différentes manières dont les faits ont pu parvenir à la connaissance du confident. Toute autre interprétation ne détruirait-elle pas, en effet, une confiance nécessaire? Celui qui vient demander une aide et des conseils ne craindrait-il pas à tout instant de voir ses secrets trahis, s'il sortait imprudemment des limites d'un ministère dont il ne connaît peut être pas toute l'étendue. Le rejet de toute distinction peut seul établir solidement la garantie que la loi a voulu créer. L'obligation du secret ne doit pas être restreinte aux actes matériels de la profession, mais elle doit être, au contraire, étendue à toute confiance prenant sa source dans la confiance inspirée par cette profession.

Mais il n'en serait plus de même et le confident ne serait plus tenu au silence, s'il s'agissait d'un fait connu par lui en dehors de sa profession; le droit commun reprendrait son empire, le confident serait obligé de déposer devant la justice, des choses secrètes et la révélation qu'il pourrait en faire ne serait qu'une action blâmable, au point de vue moral, mais qui ne tomberait plus sous le coup de la loi pénale (1).

Il y a là, en quelque sorte, un dédoublement de personnalité, d'un côté le confident, de l'autre, l'homme privé.

Les faits secrets, connus du confident peuvent arriver à la connaissance d'autres personnes et tomber à la suite d'une circonstance quelconque dans le domaine public. Cette divul-

(1) Affaire Joubertjon. Cass. 14 septembre 1827. Cass. 24 mai 1862. D. 62. 1. 545. Dalloz Répertoire V^o *Avocat* n^o 307.

gation relève-t-elle le confident de son obligation ? Celui-ci devra-t-il, au contraire, continuer à garder le silence ?

Dalloz s'appuyant sur le mot *secret* en conclut que l'article 378 ne peut recevoir d'application si les faits viennent à être connus du public, et M. Hémar décide également qu'une révélation faite dans ces conditions cesse d'être délictueuse.

Nous repousserons cette théorie sans hésitation. Pourquoi distinguer le cas où le confident est seul dépositaire du secret et celui où le secret a déjà transpiré dans le public. La loi vient-elle restreindre l'obligation qu'elle a imposée dans l'article 378 ? Nulle part nous ne trouvons cette distinction. Sur quoi se baser alors pour l'admettre ? Sur le mot *secret* ? Mais c'est alors donner à cette expression un sens restrictif que les rédacteurs du Code n'ont pas envisagé. A notre sens, le mot secret désigne les faits qui sont de nature à exiger de la discrétion de la part du confident et non, comme l'a prétendu Dalloz, les faits connus seulement de ce confident.

Et d'ailleurs où trouvera-t-on un critérium. A partir de quel moment le secret professionnel disparaîtra-t-il ? Exigera-t-on pour qu'il en soit ainsi que les renseignements connus du public soient nettement affirmés ou soient seulement l'objet de rumeurs vagues et indécises. Faudra-t-il qu'un très grand nombre de personnes soient au courant de la nouvelle qui circule ou suffira-t-il que quelques unes seulement en aient connaissance ? Autant de points que, dans le système de MM. Hémar et Dalloz, il est impossible de fixer avec certitude.

Et dans tous les cas la révélation faite par le confident ne viendra-t-elle pas corroborer les récits qui se colportent, ne leur donnera-t-elle pas un corps en les accréditant dans le public ? Il est incontestable que le témoignage du dépositaire

du secret transformera toujours en un fait certain ce qui n'était auparavant qu'une nouvelle douteuse.

Cette théorie qui manque d'une base solide donne donc lieu à trop d'hésitations pour que nous puissions l'admettre.

Nous sommes d'ailleurs ici en communauté d'idées avec la jurisprudence (1). La Cour de Cassation, en effet, dans un arrêt du 19 décembre 1885 que nous aurons bien souvent à rappeler au cours de cette étude, a décidé que le fait déjà porté à la connaissance du public n'en demeurerait pas moins un secret pour le confident. Et cette théorie a été encore une fois consacrée par la Cour de Besançon dans un arrêt en date du 23 mai 1888 (2).

Il s'agissait en l'espèce, d'un médecin qui avait révélé, dans une brochure médicale dont le but était purement scientifique, les caractères d'une maladie qu'il avait traitée. La Cour de Besançon décida avec raison, selon nous, qu'il y avait là une violation du secret professionnel, bien que le genre de l'affection dont souffrait le malade (la folie) fut connue du public et en particulier des proches et des amis de l'intéressé, bien avant les révélations de son médecin.

Nous irons plus loin et nous dirons : Même si les faits avaient été constatés par un jugement, le confident n'en serait pas moins tenu au secret ; c'est ce que vient de décider, le 4 novembre 1893, le Tribunal de Beauvais. Au cours de la période électorale, un avocat M^e V .., pour faire échec à un candidat dont il combattait les idées, avait fait connaître aux électeurs par la voie de la presse que ce candidat avait été condamné, en 1886, à 6 jours de prison pour

(1) D. 86.1.347. Affaire Watelet.

(2) S. 88-2-128.

filouterie d'aliments, peine entraînant la privation des droits civils. Il ajoutait que le condamné avait été réhabilité depuis, mais qu'il lui devait d'être rentré dans ses droits, car c'était lui qui avait défendu la demande de réhabilitation. Cité devant le Tribunal correctionnel, M^e V... fut condamné à 100 francs d'amende et 50 francs de dommages intérêts. Le Tribunal estima à bon droit, que quelle que fût la publicité donnée à la condamnation antérieure, le secret professionnel ne liait pas moins l'avocat.

Enfin nous admettrons que la divulgation de faits même faux peut constituer le délit de violation de secret. « Nous n'avons pas besoin, dit M. Chaudé, de faire observer qu'une plainte en révélation de secret n'implique en aucune façon la reconnaissance des faits révélés. Le délit existe toutes les fois que le médecin a révélé un fait, vrai ou faux, qu'il a connu ou qu'il aurait pu connaître en sa qualité de médecin ; une fois la révélation constatée, la loi doit être appliquée sans que le Tribunal puisse rechercher si les faits sont réels ou non. »

Nous ne voulons pas prétendre, bien entendu, qu'un confident, qui révèle de prétendus secrets d'un individu avec lequel il n'a jamais eu de rapport, tombe sous le coup de l'article 378 ; nous ne verrions là qu'un délit de diffamation ; mais si ce confident a connu des secrets dans l'exercice de sa profession, nous lui appliquerions la loi même si, gardant le silence sur eux, il divulguait ensuite des faits de pure imagination, parce que l'exercice de son ministère leur donnerait une certitude qui ferait défaut aux allégations d'un simple particulier.

L'obligation du secret peut, dans certaines circonstances, devenir gênante pour les personnes qui y sont soumises. Celles-ci pourraient-elles, dès lors, refuser de devenir les

confidents de ceux qui ont recours à elles? La réponse dépend de la solution d'une autre question plus générale. Les personnes, désignées explicitement ou implicitement par l'article 378, peuvent elles refuser leur ministère ou sont elles contraintes à le prêter?

Pour résoudre cette question, une distinction s'impose. Parmi les différents confidents nécessaires, nous en trouvons, en effet, dont les fonctions n'ont aucun caractère public ou officiel. Ce sont de simples particuliers, libres par suite de fournir ou de refuser le concours qu'on sollicite d'eux. En agissant ainsi, ils ne font qu'exercer les droits que la loi reconnaît à tous les citoyens. Telle est, par exemple, la situation des médecins et des sages-femmes, celle des avocats et des prêtres.

La question a d'ailleurs été tranchée à différentes reprises par la jurisprudence, au moins vis-à-vis des membres du corps médical. La Cour de Cassation a ainsi jugé qu'un officier de santé avait pu, dans la plénitude de son droit, refuser de recevoir chez lui un blessé qu'on lui amenait pendant la nuit (29 fructidor an X. Affaire Lallemand). Il a été décidé également que le fait d'un accoucheur, qui refuse ses soins, ne tombe pas sous le coup de la loi (Tongres-Belgique. 28 juin 1844). Ce Tribunal n'a fait qu'appliquer la doctrine proclamée le 4 juin 1830 par la Cour de Cassation à l'égard d'une sage-femme.

Pour toutes ces personnes, en effet, l'obligation de donner leurs soins est toute morale, et si impérieux que soit ce devoir, si blâmable que soit le refus, on ne saurait cependant aller plus loin et leur imposer sous sanction pénale, l'exercice de leur art ou de leur ministère.

On a cependant invoqué dans le sens d'une obligation légale l'article 475 n° 12 du Code pénal. Cet article punit

d'une amende de six à dix francs ; ceux qui, le pouvant, auront refusé ou négligé de faire les travaux, le service ou de prêter le secours dont ils auront été requis dans les circonstances d'accidents, tumultes, naufrage, inondation, incendie ou autres calamités, ainsi que dans les cas de brigandage, pillage, flagrant délit, clameur publique ou d'exécution judiciaire.

Il ressort de la lecture de cet article, que pour qu'il y ait lieu à son application, quatre conditions sont nécessaires. Il faut 1^o une réquisition régulière de l'autorité ; 2^o un cas urgent ; 3^o la possibilité de prêter le secours requis ; 4^o le refus de le prêter.

Ces quatre circonstances, déterminées par Faustin Hélie, ne se rencontreront évidemment jamais dans l'hypothèse qui nous occupe. Le but de l'article 473 nous montre de plus qu'il a été rédigé en prévision de circonstances toutes différentes de celles qui nous préoccupent. Il a eu en vue l'intérêt public et non l'intérêt privé. Le législateur a voulu que des secours prompts pussent être apportés aux désastres publics ; il a pensé qu'il ne suffisait pas de s'en remettre au dévouement de chacun, et du devoir moral de porter secours, il a fait dans certains cas une obligation légale. L'article 475 n^o 12 n'exige donc en somme que des services matériels et on ne saurait en étendre l'application aux services d'une toute autre nature que sont appelés à rendre les médecins, les prêtres et les avocats.

Mais parmi les personnes visées par l'article 378, il est une autre catégorie dont le concours est obligatoire. Ce sont les fonctionnaires, les officiers publics qui ne peuvent se refuser à prêter leur ministère à celui qui le requiert.

Ceux-ci, s'il s'agit d'un acte rentrant dans les limites de leurs attributions, ne pourront opposer un refus. Ils seront

dans l'obligation de recevoir toutes les confidences qui pourront leur être faites et de garder sur elles un secret absolu. Telle est la situation des magistrats, des employés des Postes et Télégraphes, des avoués.

Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que le fait rentre dans les attributions spéciales du confident; s'il en était autrement, celui-ci redeviendrait un simple particulier, libre dès lors de donner ou de refuser l'aide qu'on lui demande. Ainsi pour faire application de cette restriction à une espèce déjà examinée, un avoué sollicité de servir d'intermédiaire entre deux parties, à l'occasion d'une vente, cesserait d'être un officier public et il ne serait plus tenu de se prêter aux exigences qu'on prétendrait lui imposer.

CHAPITRE II

DE LA RÉVÉLATION ET DE L'INTENTION DE NUIRE

La révélation est le fait de porter à la connaissance du public l'existence du secret. Elle forme un des éléments du délit de l'article 378. Ce sera au juge à apprécier en fait, dans chacune des affaires qui lui seront soumises, si la révélation existe ; car on ne saurait dresser une liste des cas où la divulgation sera suffisante pour constituer l'infraction.

La loi n'exige d'ailleurs aucune condition de publicité ; s'écartant des règles qu'elle vient de poser pour le délit de calomnie dans les articles 373 et suivants. Si restreinte qu'ait été la publicité, le délit de révélation de secret existera quoique la confidence n'ait été dévoilée qu'à une seule personne, *même sous le sceau du secret*.

C'est ainsi qu'une révélation indiscrete faite par un médecin à sa femme, par une sage-femme à son mari, pourra donner lieu à une poursuite correctionnelle du chef de l'article 378. Le secret professionnel n'est-il pas violé, en effet, par cette révélation ; un secret connu de plusieurs personnes n'est-il pas bien près de devenir un fait public, et est-il besoin de rappeler ici la fable de La Fontaine "L'homme qui a pondu un œuf" pour montrer combien la promesse de garder un secret est difficile à tenir.

Le 21 novembre 1874, la Cour de Cassation (1) décida que le fait par une receveuse des postes de lire une carte postale à haute voix dans son bureau en présence des facteurs réunis et d'en faire copier la teneur constituait le délit de révélation de secret ; « attendu, dit l'arrêt, que la révélation des secrets professionnels, réprimée par l'article 378 du code pénal, n'en suppose pas la divulgation, qu'elle peut exister légalement, lors même que connaissance en est donnée à une personne unique. »

Toutè révélation, même indirecte, qui serait de nature à donner au public une connaissance suffisante d'un secret professionnel, tomberait sous le coup de la loi. Il a été jugé, dans ce sens, qu'un médecin violait ses devoirs professionnels, en publiant, à un point de vue purement scientifique, le résultat de ses observations. Ce médecin avait désigné son sujet simplement par les initiales de son nom, mais en mentionnant certaines particularités qui permettaient au public de reconnaître facilement la personnalité du malade (2).

Il y a quelques années, la question fit assez grand bruit dans la presse. Un médecin V. d'O. avait publié un roman « l'Eternelle Blessée », où il mettait en scène une femme à laquelle un vice de conformation interdisait la maternité. Il avait eu, au cours de sa carrière médicale, à s'occuper d'un cas analogue. La malade se prétendit suffisamment désignée et porta la question devant le public. Nous ne savons si les Tribunaux eurent à statuer, mais il nous semble qu'une condamnation rendue contre ce médecin, qui avait, à n'en pas douter, abusé de son secret, aurait été pleinement justifiée.

Nous arrivons maintenant à une des questions les plus

(1) D. 75. 1 234.

(2) Besançon 23 mai 1888, S. 88-2- 128.

importantes de notre étude, car de la solution qu'on lui donne dépend celle de bien des difficultés qui peuvent se rencontrer. Outre la révélation effective d'un secret, faut-il exiger pour l'application de l'article 378, l'intention de nuire, chez le prévenu. Le fait matériel de la révélation pourra-t-il donner lieu à une poursuite sans qu'il soit nécessaire de relever, chez l'auteur du délit, une intention malveillante ?

Avant d'examiner cette question, il faut établir quels sont les éléments moraux exigés par la loi pour l'existence d'un délit quelconque. Il nous faut distinguer d'une part, la volonté qui consiste à faire un acte librement, qui pousse l'agent à commettre une action dont il n'ignore pas la criminalité et l'intention coupable qui est le désir d'obtenir les conséquences de l'acte que l'on commet. La volonté est la base même de l'imputabilité pénale ; sans elle, et sauf dans certains cas exceptionnels, le délit n'existe pas et toute poursuite est impossible. Dans l'hypothèse qui nous occupe, il nous faudra donc exiger une volonté chez l'agent, la volonté de faire la révélation. Mais l'intention de nuire est-elle aussi une condition d'incrimination. La loi l'exige dans bien des cas, quand, par exemple, elle emploie les mots sciemment, frauduleusement, avec connaissance de cause. Mais dans un grand nombre d'infractions la loi n'exige pas cette intention spéciale. Dans les délits non intentionnels tout d'abord, cette condition n'est pas requise, mais il en est encore de même pour un grand nombre de délits, parmi lesquels nous nous contenterons de citer l'outrage public à la pudeur, l'attentat aux mœurs, la mendicité, le vagabondage.

L'intention de nuire d'est donc pas une condition générale de l'incrimination, mais est elle exigée, au cas particulier, pour l'application de l'article 378 ?

La Cour de Cassation, saisie explicitement en 1883 pour la première fois de la controverse, l'a tranchée dans le sens de la négative. Par arrêt du 23 juillet 1880, elle avait admis, au moins implicitement l'opinion contraire, mais les motifs de nombreux arrêts postérieurs montraient qu'elle était disposée à abandonner sa première jurisprudence (1).

L'arrêt du 19 décembre 1885 (S. 86. I. 86) a une importance capitale. Il a été rendu sur pouvoi du Dr. Watelet contre un arrêt de la Cour de Paris du 5 mai 1885. Le Dr. Watelet avait donné ses soins au peintre Bastien Lepage. Violemment attaqué dans la presse après la mort de son client, il crut pouvoir pour se disculper, adresser au journal « Le Matin » une lettre dans laquelle il exposait toutes les phases de la maladie à laquelle Bastien Lepage avait succombé, le traitement qui avait été suivi et les opérations qui avaient dû être pratiquées. Poursuivi pour révélation de secrets, il fut, condamné justement selon nous, bien qu'en l'espèce, l'intention de nuire fit complètement défaut.

Le texte de l'article 378 est, en effet, très général et ne laisse pas place à une distinction ; il se borne à imposer à certaines personnes, l'obligation du secret, sans exiger aucune intention malveillante. L'interprétation ne peut suppléer à la loi et aller plus loin qu'elle, en exigeant cette intention de nuire.

L'absence de cette condition se conçoit d'ailleurs fort bien et est des plus rationnelles. Le Code a voulu imposer à tous un silence absolu dans les cas où il avait jugé que ce silence était nécessaire. Pouvait-il alors permettre aux dépositaires de secrets d'autrui de les révéler par simple indiscrétion. Ne devait-il pas prévoir le cas de ces esprits, dont parle La

(1) Notamment 6 janvier 55. 7. 1855. S. 155. 24 mai 1862. S. 62. 1. 995.

Bruyère, affligés de cette intempérance de langue qui ne permet pas à un l'homme de se faire. Indépendamment de la pensée de nuire à autrui, la révélation demeure une atteinte grave portée à l'ordre public. Le préjudice causé existe, que l'intention de nuire soit relevée ou non chez le prévenu et, à ce point de vue, on ne peut établir de différence entre les deux cas, dans la situation de celui dont la confiance a été trompée. Quel que soit le sentiment qui ait dicté la révélation, cette confiance que la loi a voulu assurer aux dépositaires de faits confidentiels peut être ébranlée, et il est peu probable que l'article 378 ait laissé en dehors de ses prévisions l'hypothèse qui est de nature à se présenter le plus fréquemment.

Si on exige l'intention de nuire on aboutit à des conséquences inacceptables. C'est ainsi, par exemple, que la révélation du secret faite dans un intérêt personnel, dans l'intérêt d'un tiers ou à prix d'or ne serait pas punissable.

On a voulu aussi argumenter de la place occupée dans le Code par l'article 378, classé sous la rubrique : calomnies, injures, révélations de secrets, et de ce que les deux premiers délits ne sont punissables que si une intention malveillante se rencontre chez l'agent, on en a conclu qu'il en était de même du troisième. Cette déduction nous paraît erronée. Le Code a séparé les trois délits qui forment trois infractions très distinctes, il les a réunis, il est vrai, sous la même rubrique parce qu'ils ont quelques points communs, mais de ce fait peut-on conclure que tous leurs éléments légaux doivent être identiques. ? Evidemment non.

La doctrine que nous soutenons compte d'ailleurs des partisans de plus en plus nombreux et l'arrêt de la Cour de Cassation qui a fixé la jurisprudence paraît aussi avoir rallié la doctrine.

MM. Morin (1) et Hémar (2) exigent encore l'intention de nuire ; mais leurs ouvrages sont, remarquons-le, de date déjà ancienne et il serait possible qu'aujourd'hui leur opinion fût toute autre. Nous remarquons, en effet, une telle évolution dans le traité de MM. Chauveau, Faustin Hélie et Villey. MM. Chauveau et Hélie avaient été les partisans les plus convaincus de l'opinion que nous rejetons, en y apportant cependant une restriction, peu justifiée d'ailleurs. Ils admettaient que le fait seul de la révélation pouvait faire présumer l'intention malveillante et renversant la règle : « *Actori incumbit probatio* », ils déchargeaient le Ministère public du fardeau de la preuve et imposaient au prévenu l'obligation d'établir sa bonne foi. Dans la dernière édition donnée par M. Villey (3) ; les principes que nous croyons vrais sont, au contraire, posés et soutenus.

Cette opinion est également celle de MM. Muteau (4), Blanche (5), Garraud (6) et de M. Rauter (7) dont le passage suivant résout fort nettement la question : « Le délit, dit-il, « consiste dans la violation du dépôt de confiance fait aux « personnes dont il s'agit. L'intention criminelle existe donc « par cela seul que le dépositaire viole volontairement ce « dépôt et se met ainsi au-dessus de la loi, il n'est donc pas « besoin qu'il veuille nuire à la personne dont la confiance « est lésée, il suffit qu'il veuille nuire au dépôt qu'il a reçu ».

Nous pouvons également invoquer l'opinion de M. le pro-

(1) Dict. droit criminel. V. Révélation de secrets.

(2) HÉMAR, Bulletin de la société de médecine légale. Année 1868.

(3) 6^e édition. Paris 1888.

(4) Op. cit. p. 3 et 5.

(5) BLANCHE, Code pénal t. V. p. 552.

(6) GARRAUD, Code pénal t. V. p. 56.

(7) RAUTER, Traité de droit criminel français, t. II, n° 503.

fesseur Brouardel, un des représentants les plus autorisés de ceux qui ont intérêt à soutenir la thèse contraire, et qui donne dans des termes inspirés par le bon sens et une haute raison une pleine approbation à l'arrêt de la Cour de Cassation, qu'il a accueilli, dit-il, avec la plus grande satisfaction (1). « Ce qui importe à moi malade, c'est que le secret de ma « maladie, de celle de ma femme ou de mes enfants ne soit « pas connu. Ce qui me nuit, c'est non pas l'intention du « révélateur, c'est l'effet de la révélation. Et si je me place au « point de vue social, je tiens cette révélation pour délic- « tueuse en elle-même indépendamment des circonstances « qui ont mû son auteur (2).

Depuis 1883 les Tribunaux ont eu plusieurs fois encore à se prononcer sur la question et ils ont suivi la voie tracée par la Cour de Cassation. C'est ainsi que le 9 juillet 1886 (3), persistant dans sa jurisprudence, la Cour suprême a vu une violation du secret professionnel dans le fait du commis-greffier d'un juge d'instruction qui, à prix d'argent, tenait un prévenu au courant de la marche de la procédure.

En pouvait-il être autrement et pouvait-on ne pas voir dans ces faits le délit de l'article 378 sous le prétexte que l'inculpé n'avait pas eu l'intention de porter atteinte à un intérêt particulier.

Enfin la Cour de Besançon par arrêt du 23 mai 1888 (4), a encore une fois consacré le principe dans une espèce que

(1) Secret médical. p. 16.

(2) Conf.

ROYER. Secret professionnel p. 83.

HALLAYS. Secret professionnel p. 23.

VERWAEST. Secret Médical p. 33.

GARDEIL. Jurisprudence criminelle. Revue critique, 1889, p. 7.

(3) S. 86.1.487.

(4) S. 88.2.428.

nous avons déjà citée. Le docteur B... directeur d'une maison de santé avait fait imprimer une brochure où il exposait les observations recueillies par lui sur une de ses malades, M^{me} X... qui, d'après lui, était atteinte de monomanie et dont il représentait l'état mental comme très curieux au point de vue scientifique. Bien qu'il n'eut agi que dans l'intérêt de la science, le docteur B... fut condamné par le Tribunal de Besançon, dont la décision fut confirmée par la Cour d'appel.

L'intention de nuire ou de se procurer un profit illégitime n'est donc pas nécessaire pour l'existence du délit. L'article 378 frappera les révélations indiscretes aussi bien que les révélations inspirées par la cupidité, la méchanceté ou l'intention de diffamer. Mais remarquons encore que le délit de révélation de secrets est un délit intentionnel. Si le dessein de nuire n'en est pas un élément, il faut toutefois que la révélation soit intentionnelle. Pas de délit, si la divulgation n'était pas l'acte d'une volonté libre.

La révélation d'un secret a pu ne pas avoir de suites fâcheuses. Aucun intérêt particulier n'a été lésé ; dans ces conditions, la poursuite reste-t-elle possible ? Certains auteurs, ceux qui exigent l'intention de nuire pour l'application de l'article 378, ont soutenu que le délit n'existait qu'autant que la révélation entraînait un préjudice quelconque pour celui qui avait confié le secret.

Nous reconnaissons volontiers que l'action du confident, qui a révélé un secret sans intention de nuire et qui, en agissant ainsi, n'a occasionné aucun dommage à l'intéressé (1), doit être envisagé sous un aspect extrêmement favorable et que

(1) Nous employons le mot intéressé en raison de sa commodité, mais remarquons qu'il n'est pas complètement juste, l'article 378 ayant pour but

les Tribunaux devraient appliquer la loi avec une extrême modération. Mais on ne peut aller plus loin en déclarant, qu'en droit, la poursuite est impossible. Sans doute aucun intérêt particulier n'a été lésé. Mais la loi, en édictant l'article 378, n'a pas eu seulement en vue l'intérêt particulier de chaque individu à qui la révélation pourrait nuire. Se plaçant à un point de vue plus élevé, elle a voulu imposer à certaines personnes l'obligation de garder le silence sur les faits qu'elles ont connus dans l'exercice de leur profession et cela dans un intérêt d'ordre social. Cet intérêt général est toujours lésé par une révélation quelle qu'elle soit, que celle-ci froisse, en même temps, un intérêt particulier ou qu'au contraire, elle n'entraîne pas cette conséquence.

Nous relevons toutefois, entre ces deux dernières hypothèses, une différence au point de vue de l'action civile. Dans le premier cas, cette action civile, qui trouvera sa base dans l'article 1382 du Code Civil, pourra être intentée par l'auteur de la confidence, soit devant le Tribunal correctionnel, soit devant le Tribunal civil; dans le deuxième cas, au contraire, cette action ne prendra pas naissance et il n'y aura lieu qu'à l'action publique exercée au nom de l'intérêt général par le Ministère public.

Nous arrivons en continuant l'étude de la révélation, à nous demander si dans certains cas, cette révélation ne cesse pas d'être punissable. Il est, en effet, certaines hypothèses où des arguments juridiques, des considérations de haute moralité, voire d'intérêt social, semblent commander au

de protéger à la fois l'intérêt social et l'intérêt particulier; l'auteur de la confidence n'est pas la seule partie intéressée à sa conservation.

confident de parler au mépris de son secret professionnel, et même faire de son silence une action blâmable et reprehensible.

En passant en revue quelques-unes de ces questions qui ont divisé les auteurs et passionné surtout le monde médical, nous pourrions nous convaincre que le secret est absolu et que quelles que soient les considérations qui puissent militer en faveur d'une révélation, une seule règle s'impose au confident, le secret partout et toujours.

LES DÉPOSITAIRES DE SECRETS PEUVENT-ILS ÊTRE RELEVÉS DE LEURS OBLIGATIONS PAR LA PERSONNE QUI LEUR A CONFIE LE SECRET

Certains auteurs⁽¹⁾, nous l'avons dit, voient dans l'article 378 la sanction d'une convention librement intervenue entre le confident et son client, convention d'où dérive pour celui-ci le droit qu'il a d'exiger le silence du praticien auquel il s'est confié. Dans cette doctrine, il est certain que le client aura qualité pour relever le confident de son secret et qu'une révélation ainsi autorisée cessera d'être délictueuse. On arrive aux mêmes conclusions si, avec un certain nombre d'auteurs, on admet que l'intention de nuire est constitutive du délit de révélation de secrets.

Pour nous qui repoussons également l'une et l'autre de ces théories, il n'appartient pas à l'auteur d'une confiance de relever celui qui l'a reçue de l'obligation du silence. Au premier examen, il est vrai, cette proposition peut paraître

(1) VRWAERST. Op.cit. p.17.

excessive, le délit ne repose que sur la violation d'un dépôt, il ne peut plus être commis dès que le dépôt a été retiré par le déposant. L'auteur de la confidence, dira-t-on également, peut avoir grand intérêt à ce que l'homme, auquel il s'est confié, vienne prendre la parole pour établir la vérité des faits. Pourquoi refuser au confident, le droit de prêter le secours qu'on sollicite de lui. C'est cet argument que M^e Pailard de Villeneuve résumait ainsi après l'avoir éloquentement développé dans un procès criminel. « Si un accusé s'écriait : Parlez, parlez, docteur, je vous y autorise, je vous en conjure, c'est mon salut, le docteur devra-t-il répondre, s'enveloppant dans la robe d'Hippocrate : Périssent l'accusé plutôt qu'un principe. »

L'Ancien Droit n'avait pas hésité à adopter cette théorie. La Sorbonne avait émis l'avis que le secret ne devait point être observé « *in necem* » de celui qui l'avait confié et qui était le maître d'en permettre la révélation par celui qu'il en avait fait dépositaire. Il s'agissait dans l'espèce d'une jeune fille qui avait fait l'aveu de sa grossesse à son confesseur et qui, accusée d'avoir dissimulé son état, invoquait le témoignage du prêtre. Celui-ci, indécis sur la conduite à tenir, avait alors eu recours aux lumières des professeurs de la Sorbonne (1).

Cette doctrine est encore corroborée par le témoignage de Muyart de Vouglans (2), qui reconnaît aux confidents nécessaires le droit de parler s'ils y sont invités par celui qui leur a confié le secret. « La loi ne veut pas, dit-il, qu'on puisse les contraindre à déposer dans les procès criminels quoiqu'ils puissent être admis à le faire, lorsqu'ils y sont

(1) RAVIOT, Arrêts notables du Parlement de Dijon — T. 1. Quæst. XCI.

(2) Lois criminelles. livre II. titre IV. chapitre 1^{er} n° 6. p. 786.

« provoqués par ceux dont ils ont le secret. » Et Jousse, allant plus loin, disait : Le confesseur en matière de crimes peut et doit même révéler la confession, lorsqu'il en a reçu la permission de son pénitent (1).

Les raisons invoquées, appuyées sur les traditions de l'Ancien Droit sont loin de nous paraître péremptoires.

N'est-il pas inexact de prétendre que le secret professionnel n'existe plus, la nécessité en disparaissant, à l'égard de faits que l'auteur de la confidence juge à propos de rendre publics. N'aperçoit-on pas, en effet, derrière l'intérêt particulier qui, reconnaissons-le, ne se retrouve plus dans l'espèce, un intérêt général et social que la loi doit protéger. Ce souci de la protection de l'intérêt public se manifeste dans toutes les dispositions de la loi qui punissent les délits même d'ordre privé, les particuliers ne peuvent arrêter l'action publique.

Conformément aux principes généraux, l'auteur de la confidence pourra Lien, en ce qui le concerne, abandonner la poursuite, c'est-à-dire renoncer à intenter l'action civile que la loi lui accorde, mais il ne sera pas le maître de mettre un obstacle à l'exercice de l'action publique et d'entraver les poursuites que le Ministère public jugerait à propos d'exercer.

« L'obligation prescrite par l'article 378 a été établie
« dans un intérêt général ; sa violation ne blesse pas seule-
« ment la personne qui a confié le secret, elle blesse la
« société entière, parce qu'elle enlève à des professions sur
« lesquelles cette société s'appuie la confiance qui doit les
« environner (2) ».

(1) FARINACIUS Quæst. L. I n° 111-115.

(2) CHAUVÉAU. FAUSTIN HÉLIE et VILLEY. T. V. p. 22.

On objecte, il est vrai, qu'à ces principes généraux, la loi a cru pouvoir apporter des dérogations et qu'en matière d'adultère, donnant le pas à l'intérêt privé sur l'intérêt social, elle a laissé le mari maître des poursuites et même de l'exécution de la peine. Mais il y a là une exception formellement édictée par la loi mais qui comme toutes les exceptions, doit être interprétée restrictivement. Le législateur s'est trouvé ici en présence de considérations assez graves pour faire fléchir les principes. Il s'en est expliqué formellement dans le texte de la loi. Dans notre hypothèse, l'énoncé de la restriction eut été encore bien plus nécessaire, et la loi est muette en ce qui la concerne.

L'article 378 n'établit aucune dérogation aux prescriptions qu'il impose; il ne fait pas de l'auteur de la confidence le maître souverain de son secret. Si le législateur avait voulu poser une semblable règle, il s'en serait formellement expliqué, comme l'a fait le législateur allemand qui punit les confidents nécessaires qui auront, sans autorisation, révélé des secrets qui leur auraient été confiés à raison de leurs fonctions, profession ou métier. L'absence d'une telle restriction dans nos lois indique clairement que le législateur a entendu se rallier à la théorie du secret absolu.

Admettons même, pour un instant, que le secret professionnel n'ait pour base qu'un intérêt privé, mais alors il ne prend naissance que par l'accord des volontés du dépositaire et du déposant. Pour le faire disparaître il faudrait de nouveau ce concours des deux volontés qui l'ont fait naître; l'une des parties ne pourrait seule délier l'autre de ses obligations. Et les auteurs qui comparent le dépôt d'un secret dans l'esprit l'un confident avec un simple dépôt matériel, ne s'égarent-ils pas singulièrement? Le déposant d'un objet matériel sait toujours exactement ce qu'il a remis

entre les mains du dépositaire. Peut-on affirmer qu'il en sera de même à l'égard du confident nécessaire et que le client connaîtra toujours l'étendue exacte du secret qu'il a confié.

Nous avons déjà dit que le malade qui consulte un médecin ignore souvent la nature vraie du mal qui l'afflige et que l'homme de l'art ne lui en révèle pas toujours toute l'étendue. Les faiblesses de la nature humaine imposent en quelque sorte au médecin cette façon d'agir. « Il ne saurait nous appartenir, écrit le docteur Lavaux, de dire à un de nos clients: vous êtes syphilitique, à un autre, vous êtes cancéreux. S'il en est quelques uns qui pourraient supporter un semblable aveu, combien d'autres, au contraire, ne verraient ils pas leurs maladies aggravées en perdant tout espoir de guérison. »

Peut-on dire dès lors que le malade est maître de son secret, qu'il peut délier le médecin de ses obligations professionnelles, alors qu'il ignore toutes les conséquences de la liberté qu'il accorde.

C'est surtout sur cette dernière raison, tirée des habitudes de la pratique médicale, que le docteur Brouardel s'appuie pour imposer au médecin le devoir de se taire dans l'hypothèse que nous examinons. « Il est bien rare (1), écrit-il, que nous disions la vérité tout entière à nos malades ou à leurs parents, nous ne leur devons qu'une vérité relative, celle qui leur est utile de connaître pour prendre les soins nécessaires à leur santé. Il ajoute plus loin (2). « Il faut même souvent pour qu'un malade reçoive les soins nécessaires que, jusqu'au dernier moment nous entretenions l'espoir

(1) Op. cit. p. 52.

(2) p. 53.

dans le cœur des assistants. » Et pour montrer la nécessité de cette dissimulation, M. Brouardel apprécie diverses situations. A la mère d'une jeune fille phtisique, il ne dévoilera pas l'horrible vérité, il dira qu'il s'agit d'une simple indisposition qui ne résistera pas à une médication énergique (1). Le savant professeur conclut que dans l'immense majorité des cas, le devoir du médecin est de se taire. Mais nous qui examinons la question en droit nous croyons qu'il est nécessaire d'aller plus loin et de dire que dans tous les cas le devoir existe, et que partout et toujours, l'intérêt social et d'ordre public que la loi a voulu sauvegarder se retrouvent et exige protection.

Nous sommes heureux de pouvoir invoquer l'autorité de M. le professeur Gardeil (2) qui, dans une étude de jurisprudence criminelle, se rallie à la théorie du secret absolu. « Cesser de faire du secret professionnel une obligation ab-

(1) Dans une autre partie de son ouvrage M. Brouardel examine un fait qui montre bien que la santé du malade dépend souvent de la conduite plus ou moins prudente du médecin (p. 70). En 1877, dit-il, j'avais vu une personne de province atteinte d'une insuffisance aortique (52 ans, grand chasseur). Je m'étais contenté de faire au malade les recommandations de prudence que je croyais utiles. Défiant des paroles rassurantes que je lui avais prodiguées, avant de quitter Paris il va trouver un médecin fort distingué qui croit nécessaire de l'avertir qu'il a une insuffisance aortique, que cette affection expose à la mort subite; il lui recommande de ne jamais rester seul et de ne plus chasser, etc. Le malade épouvanté revient chez moi, pâle, couvert de sueur, j'ai cru qu'il succomberait dans mon cabinet. Je maintiens mes affirmations rassurantes et j'appelle du désaccord existant entre mon confrère et moi à l'autorité de Bouillaud. Je prévien mon maître. Le lendemain celui-ci veut bien répéter au malade tout ce que je lui avais affirmé. « Mais, dit le client, je suis allé chez le Dr X., parce que je savais qu'il avait été votre chef de clinique. » M. Bouillaud n'hésite pas et pour rassurer son malade, il lui dit : « Caligula avait bien fait son cheval consul ». Le malade vit toujours, chasse sans domestique et ne se souvient plus de la panique que lui avait causée notre confrère que pour en plaisanter.

(2) GARDEIL. Jurisprudence criminelle. Revue critique. 1889. p. 7.

solue, en faire une obligation relative, c'est le détruire en ouvrant la porte aux appréciations les plus arbitraires des cas où la violation serait permise parce qu'elle serait utile ou opportune ».

Le Conseil de l'ordre des avocats de Paris, appelé à se prononcer sur la question a pris, le 8 mars 1887, l'arrêté suivant à la majorité d'une voix : L'avocat, délié par son client du secret professionnel, peut déposer sur les faits qu'il a connus comme avocat, mais il reste seul juge dans sa conscience du point de savoir s'il doit et dans quelle mesure il doit déposer (1).

Cet arrêté nous paraît peu conforme au texte et à l'esprit de la loi. Il fait en effet d'une obligation légale une simple faculté dont l'avocat peut ou non se prévaloir. Il est d'ailleurs en contradiction avec la théorie de M^e Cresson qui pense lui « que le consentement à la révélation donné par le client ne saurait délier les avocats plus que les confesseurs de l'obligation du secret ». Bethmont, dans une lettre conservée aux archives de l'ordre des avocats, s'exprimait dans un sens analogue, le 14 Décembre 1854. « L'avocat doit le secret sans l'avoir promis, il doit le garder même quand la partie intéressée voudrait l'en affranchir.

La jurisprudence a eu à diverses reprises à se préoccuper de la question, et elle a toujours décidé que, bien que délié de son secret professionnel, le confident n'en restait pas moins tenu de garder le silence. Elle a eu l'occasion d'appliquer les principes à presque toutes les classes de confidentes nécessaires.

Le 24 septembre 1827, la Cour de Montpellier décida qu'un

(1) CRESSON. Op. cit. t. 1. p. 267.

notaire, relevé par son client du secret professionnel, pouvait à bon droit refuser de déposer. Le 11 Mai 1844, la Cour de Cassation, cassant une ordonnance d'un juge d'instruction déclara que l'avocat ne pouvait pas être relevé de son secret professionnel; attendu, dit l'arrêt, que l'avocat a toujours été tenu de garder un secret inviolable sur tout ce qu'il apprend à ce titre, que cette obligation absolue est d'ordre public et qu'il ne saurait dès lors appartenir à personne de l'en affranchir.

Le 11 décembre 1887, la Cour d'assises de Lot et Garonne (1) admit un notaire M^e B. à ne pas déposer au sujet de pourparlers qui avaient eu lieu dans son étude.

La Cour de Grenoble, le 24 mai 1882, proclama que le prêtre, entendu comme témoin, n'est pas tenu de déposer des secrets qui lui ont été révélés dans une confession, ni même de ceux qui s'y rattachent et que l'autorisation donnée par la personne qui a confié les faits en confession ne dégage pas le prêtre de l'obligation du secret professionnel.

Le Tribunal de la Seine fit aux médecins application des mêmes principes, le 11 avril 1870 (2). Le docteur de Miramont avait donné ses soins à un sieur F... atteint de syphilis et il lui avait notamment conseillé de cesser tout rapport sexuel avec sa femme. Celle-ci pensant que cette abstention provenait d'une cause toute différente de celle qui existait dans la réalité, intenta contre son mari une action en séparation de corps. F... pour se justifier demanda à son médecin de lui délivrer un certificat constatant l'état de sa santé et il écrivit à M. de Miramont plusieurs lettres que celui-ci laissa sans réponse, pensant que la de-

(1) Pandectes 88, 2. 75.

(2) Seine 21 avril 1870, Gazette des Tribunaux 27 avril.

mande de son client ne suffisait pas à le délier du secret professionnel. Toutefois le médecin crut pouvoir ultérieurement remettre la correspondance de F..., d'où résultait la preuve qu'il était affecté d'une maladie vénérienne, à un oncle de celui-ci qui s'occupait d'arriver à une conciliation entre les époux et de rétablir entre eux l'harmonie. Ces dernières démarches n'aboutirent pas et F... dépité poursuivit pour révélation de secrets le docteur de Miramont, coupable, d'après lui, d'avoir manqué à ses devoirs professionnels en dévoilant à un tiers ce qui s'était passé entre eux.

Le Tribunal acquitta le médecin, mais non point en raison de l'approbation donnée par le sieur F... à la révélation du secret. Il pensa que la divulgation faite seulement à des personnes qui connaissaient déjà l'état de santé de F... n'était pas assez caractérisée pour constituer le délit. Cette circonstance elle-même, nous l'avons vu, ne nous semble pas suffisante pour motiver un acquittement.

Les considérations tirées de l'intérêt social que nous venons d'exposer justifient aussi cette proposition que la mort de la partie intéressée ne relève pas le confident du secret professionnel.

En matière de diffamation, l'article 34 de la loi du 29 juillet 1881 édicte que « les diffamations ou injures dirigées contre la mémoire des morts ne constituent un délit que dans les cas où les auteurs de ces diffamations ou injures auraient eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers vivants ». Le délit de révélation de secrets, au contraire, est encore possible, de la part du confident, après la mort de la personne qui lui avait confié son secret.

Le devoir de discrétion survivra à la mort du dépositaire, dont la mémoire sera ainsi protégée, comme son honneur et

ses intérêts l'ont été pendant sa vie. Cette doctrine n'a d'ailleurs jamais été sérieusement contestée. Elle fut admise lors des poursuites exercées contre le docteur Watelet qui avait fait connaître au public les détails de la maladie dont Bastien Lepage était mort. Devant la Cour de Cassation le docteur Watelet crut inutile de soulever un débat sur ce point et la question ne fut même pas discutée.

QUELLE DOIT ÊTRE LA CONDUITE DU CONFIDENT CONSULTÉ EN VUE D'UN MARIAGE

Très souvent un père de famille, sur le point de marier un de ses enfants, s'adresse à un dépositaire de secrets pour obtenir des renseignements, soit sur la fortune ou l'honorabilité, soit sur la santé du futur conjoint. Dans cette hypothèse, la situation du médecin sera surtout très délicate, mais quoique moins fréquemment tout autre confident peut être appelé à donner des avis et la question que nous posons a une portée générale.

Certains auteurs et surtout des médecins ont cru pouvoir, en raison des circonstances particulièrement favorables, autoriser, dans ce cas, la révélation. Mais ceux-ci et même quelques uns des auteurs qui ont combattu leur théorie, se sont surtout placés au point de vue moral et purement professionnel sans tenir un compte suffisant de l'obligation du secret imposée par la loi pénale. Posant plus nettement la question, nous avons à nous demander si le confident qui, dans notre hypothèse révèle un secret connu dans l'exercice de sa profession, outre qu'il viole les obligations morales que

lui impose son état, ne commet pas le délit prévu et réprimé par l'article 378.

Des médecins autorisés ont prétendu qu'ils n'hésiteraient pas, si le mariage leur paraissait devoir entraîner des conséquences funestes, à trahir le secret professionnel pour en empêcher l'accomplissement. Ils ont fait valoir l'intérêt du futur époux, des enfants et celui de la société elle-même. Ils ont mis éloquentement en lumière les conséquences terribles d'une union contractée en dépit d'un mal transmissible et héréditaire, ils nous ont montré un époux, atteint de syphilis, contaminant son épouse avant de transmettre à ses enfants le germe de la terrible maladie, ils ont fait passer devant nos yeux le triste spectacle de familles décimées par la phtisie ou en proie aux ravages de l'épilepsie et de la folie. Ils ont pensé qu'il était du devoir du médecin de s'opposer à de pareils malheurs, même si, en agissant ainsi, ils trahissaient le secret professionnel.

C'est ainsi que le docteur Gaide (1) proteste avec énergie contre la théorie du secret absolu. « Pour ma part, je le déclare, jamais je ne me sentirais le courage d'obéir à la loi « en pareille circonstance, ma conscience parlerait plus haut « qu'elle et, sans hésiter, je dirais : Non, ne donnez pas « votre fille à cet homme. Je n'ajouterais pas un mot, j'aurais la prétention de ne pas avoir trahi mon secret ; et si « par impossible la peine prononcée par l'article 378 m'était « appliquée pour ce fait, j'en appellerais à tous les pères de « famille et la tête haute, je plaindrais le tribunal qui se serait cru autorisé à me punir d'avoir préservé d'une infection presque certaine, une femme et sa génération tout

(1) Gazette des hôpitaux 1863.

« entière. » Et le docteur Vibert (1), tout en n'approuvant que pour les cas extrêmes, la théorie de son confrère pense qu'un médecin s'exposerait à de cruels remords s'il laissait s'accomplir un mariage dans de telles conditions en refusant au père de la fiancée tout avertissement sur les désastres qui en seront la conséquence. C'est également dans ce sens que se sont prononcés, avec certaines réserves, Tardieu, Latour, Brochin, Legrand du Saulle, sanctionnant ainsi, en partie, la thèse du Dr Gaide, thèse d'ailleurs fort séduisante et très respectable au moins en apparence.

Mais cette théorie, loin d'être généralement admise, est combattue avec beaucoup d'énergie, dans son principe lui-même par un grand nombre de médecins et de jurisconsultes. Si quelques auteurs reconnaissent au confident, dans certains cas, le droit de parler, d'autres plus nombreux lui font du silence une règle inflexible et nous ne pouvons que nous ranger à cette dernière opinion.

C'est en effet au nom de l'intérêt social qu'on a voulu relever le confident de son secret professionnel ; mais n'est-ce pas précisément au nom de ce même intérêt social que le Code est venu lui imposer l'obligation du silence. Le législateur a pensé qu'il importait avant tout de donner au public une confiance inébranlable dans la discrétion de certaines personnes. Deux intérêts également respectables sont ici en présence, ne faut-il pas conclure que nous devons surtout sauvegarder celui que la loi a jugé assez puissant et assez sacré pour en assurer la protection par une disposition pénale. Cette règle de la loi est d'ailleurs absolue. Nous ne pouvons la faire fléchir devant des considérations d'équité et de sentiment, si impérieuses qu'elles soient. Une fois entré dans cette voie, où

(1) Précis de médecine légale.

serait-il possible de s'arrêter et un tel système d'interprétation n'aboutirait-il pas fatalement à l'abolition de la loi. Car ainsi que l'a écrit le docteur Dechambre (1), « C'est en opposant l'utilité publique au droit et au devoir qu'on arrive « en toutes choses à la dissolution des principes tutélaires de « la société, en politique à l'arbitraire, en droit à l'injustice, « en morale au relâchement. »

Que le médecin, que l'avocat restent donc ce que leur science les a faits, qu'ils se consacrent tout entier à l'accomplissement de leur mission si élevée, mais qu'ils ne cherchent pas à aller au delà pour s'arroger un droit que la loi leur refuse. Qu'ils n'oublient jamais que, si pénible que leur devoir puisse leur paraître, ils doivent cependant le remplir jusqu'au bout. Que le médecin surtout n'oublie pas que le malade qui est venu lui demander l'appui de ses conseils a déposé ses secrets dans un asile qu'il croyait inviolable. Qu'il se rappelle aussi que la science est loin d'être infail-
lible, que son diagnostic peut l'avoir trompé, qu'en tout cas, la guérison peut être possible, et que la transmission héréditaire d'une maladie est loin d'être certaine. Qu'il réfléchisse donc, ce confident qui serait tenté de trahir son secret professionnel et il se pénétrera bientôt de la vérité de cette maxime que M. Bruno-Lacombe (2) proposait pour règle de conduite à tous les dépositaires de secrets : Nul n'est assez sûr de lui pour mettre sa conscience à la place de la loi.

Mais si nous estimons que pour empêcher un mariage dont il prévoit les suites funestes, un confident ne saurait révéler

(1) DECHAMBRE. Le médecin, p. 190.

(2) BRUNO-LACOMBE. Le secret professionnel en médecine. Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la cour de Bordeaux, le 16 octobre 1885.

les secrets qu'il a connus au cours de sa profession, nous ne pensons pas qu'il doive nécessairement garder un rôle passif et assister impassible à l'accomplissement des malheurs qu'il a devinés. Tout en obéissant à la loi du silence, il devra au contraire chercher à les conjurer. Et certes les moyens ne lui manqueront pas. Le médecin pourra agir auprès de son client, lui représenter tous les dangers et tous les scandales de l'union projetée, l'engager à y renoncer en faisant appel à tous ses bons sentiments ou même faire naître en lui la crainte en le menaçant de parler. Il pourra aussi appeler l'attention du père qui est venu le consulter sur des considérations étrangères à son secret; il pourra aussi, en temporisant, atteindre le moment où la maladie, continuant ses ravages, sera devenue certaine pour tous.

Mais il devra s'arrêter là, heureux si ses efforts réussissent; s'ils restent vains le médecin aura du moins la consolation d'avoir rempli tout son devoir. Et il n'aura pas à regretter de l'avoir fait au profit d'un individu que sa conduite fait paraître fort peu recommandable; la règle était absolue, le devoir inflexible et il redira avec M. Hémar : « L'exigence des devoirs ne fléchit pas devant l'infamie d'autrui. »

Remarquons, en terminant, que le confident doit garder le silence, même si les renseignements qu'on lui demande ne peuvent être que favorables à son client. Parler dans ce cas et se taire dans le cas contraire est inadmissible. Une telle conduite serait, en effet, une révélation déguisée dont il serait facile de tirer toutes les conséquences.

L'opinion que nous venons de soutenir, si elle a été vivement combattue a rencontré aussi des partisans convaincus. Elle a été consacrée en 1863 par les sociétés médicales des VIII^e et IX^e arrondissement de Paris qui avaient décidé que le médecin doit s'interdire toute sorte de renseignements sur

la santé de son client à l'occasion d'un mariage. C'est également à cette thèse que sont ralliés avec beaucoup d'énergie MM. Briand et Chaudé, les docteurs Dechambre, Brouardel, Lavaux, et des auteurs tels que MM. Muteau, Hémar et Rauter.

LA RÉVÉLATION FAITE AUX SUPÉRIEURS LÉGITIMES OU SURVEILLANTS LÉGAUX EST-ELLE LICITE

Le confident nécessaire, tenu au secret vis à vis des personnes libres et maîtresses de leurs droits, cesse-t-il de l'être vis à vis des individus placés sous une autorité quelconque ? Sera-t-il autorisé à révéler au père, au tuteur ou au maître, le secret de l'enfant ou du domestique ? Les auteurs qui exigent l'intention de nuire comme élément du délit de révélation de secrets, n'hésitent pas à répondre affirmativement. Dans presque tous les cas, en effet, loin de relever chez le confident une intention malveillante, nous verrons que sa conduite lui a été dictée par des sentiments d'humanité et de protection.

M. Hémar (1) n'hésite pas à conseiller au confident la révélation.

Il suppose qu'un médecin est appelé par des parents ou par des maîtres auprès d'une jeune fille dont la santé semble compromise. Celui-ci reconnaît une grossesse soigneusement dissimulée et arrivée à son dernier terme, l'accouchement est imminent, rien n'est disposé pour recevoir l'enfant ; la jeune fille proteste encore de sa pureté. Le crime d'infanticide se

(1) Société médicale lég. t. 1. p. 154.

prépare. Ou bien l'accouchement a eu lieu depuis quelques heures ; le fœtus a disparu, le crime est consommé. Et M. Brouardel (1), adoptant l'opinion de M. Hémar, pense que « dans ces cas, le médecin ne peut dissimuler aux maîtres et « aux parents le crime qui se prépare ou s'est accompli. « Ceux-ci sont seuls en état de l'empêcher ou de prendre les « mesures nécessaires dans l'intérêt de tous. »

Le Docteur Brouardel ne tarde pas à voir, lui-même, les dangers de ce système auquel il apporte immédiatement une restriction. Il pense que si ces révélations sont légitimes, il faut s'efforcer de ne les faire que lorsqu'il est impossible d'agir autrement. Appelé par un domestique ou même par ses maîtres, si un médecin constate l'existence d'une affection vénérienne, d'une grossesse etc., et que, sans compromettre les intérêts de la santé des maîtres, il puisse garder à ce domestique le secret que lui a révélé sa fonction, il agit bien.

La conclusion logique de ce qui précède, c'est que, quelle que soit la ligne de conduite qu'adopte le médecin, il agit également bien. Ce système arrive en somme à détruire toute règle fixe et à s'en remettre purement et simplement sur la conduite à tenir à la conscience du confident.

Nous ne pouvons suivre le médecin dans cette voie qui nous conduit à l'arbitraire. Si louable que soit l'opinion de MM. Hémar et Brouardel, qui tend en somme à fortifier l'autorité d'un père ou d'un maître, nous ne devons pas oublier que nous sommes en présence d'une disposition légale. Nous devons l'appliquer et nous conformer ainsi à son texte d'abord et à son esprit ensuite. Autoriser certaines révélations à un supérieur légitime serait peut-être condamner à devenir victimes d'un secret qu'ils n'oseraient confier ceux

(1)Op. cit. p. 121.

qu'une confidence faite en toute sécurité pourrait sauver.

Toutefois, dans certaines hypothèses, la révélation, loin d'être prohibée, s'imposerait. Un médecin, par exemple, est appelé auprès d'un tout jeune enfant. On ne pourrait prétendre sérieusement, dans ce cas, que le médecin est lié par le secret professionnel. Non seulement il pourrait, mais il devrait, faire connaître aux parents le résultat de ses observations. A quel âge devra cesser cette dispense de secret ? Nous pensons qu'on ne peut le fixer à « priori », qu'il y a là une simple question de fait. Le secret devra être gardé dès l'âge où l'intelligence de l'enfant s'éveillera, où d'enfant il commencera à devenir un homme.

EN CAS D'ERREUR JUDICIAIRE QUELLE DEVRAIT ÊTRE LA
CONDUITE DU CONFIDENT NÉCESSAIRE AUQUEL LE VRAI
COUPABLE SE SERAIT CONFIE.

Si des considérations⁷ d'ordre supérieur peuvent faire fléchir l'article 378, ce sera bien certainement dans le cas où le confident qui a reçu les aveux d'un coupable verra la justice s'égarer dans une fausse voie et frapper un innocent. Nous ne nous étonnons donc pas que certains auteurs, des médecins en particulier, aient cru pouvoir proclamer que dans cette hypothèse, le devoir du confident était tout tracé, qu'il devait sans hésitation se présenter devant les juges et leur révéler le nom du véritable coupable. Le docteur Alfred Fournier (1), qui a conseillé très énergiquement à ses con-

(1) A. FOURNIER. Etude sur la simulation d'attentats vénériens sur de jeunes enfants (Bulletin de l'Académie de Médecine 26 octobre 1880 et annuaire d'hygiène 3^e série Vp. 507).

frères d'adopter cette ligne de conduite, conclut en disant :
« Entre le serment professionnel dont je pourrais faire béné-
« ficier un scélérat et la préservation, la protection que je
« dois à un honnête homme, mon choix est tout fait. En-
« rayer une machination criminelle et au besoin la dénoncer
« à la société en vue de sauvegarder un innocent me semble
« constituer un devoir social auquel je n'ai pas le droit,
« quoique médecin, de me dérober. »

M. Alfred Fournier est guidé par des sentiments trop élevés pour que nous puissions les blâmer. Mais si grand que soit le malheur qui écrase injustement un innocent, le confident ne doit pas oublier que le scélérat, dont la conduite, nous le voulons bien, n'inspire que le dégoût et l'opprobre, est venu à lui en toute confiance et que ce n'est *qu'en considération du secret absolu sur lequel il avait le droit de compter* que le coupable s'est décidé à lui faire des aveux.

Cette question a fait l'objet de vives discussions au congrès médical de Paris en 1845. Le docteur Barth a donné une solution dont les médecins comme tous autres confidents nécessaires doivent se pénétrer. Dans le cas où une condamnation terrible menacerait un individu injustement accusé d'un crime dont le médecin aurait connu le véritable auteur par suite de l'exercice de sa profession, celui-ci ne devrait pas hésiter à se présenter devant les juges et à leur dire : « Arrêtez, vous allez condamner un innocent, je connais le coupable ; mais là devrait s'arrêter sa révélation. »

A notre avis le docteur Barth s'inspire des véritables principes quand il déclare que le médecin ne doit pas livrer à la justice le nom du coupable.

Mais s'il se présente devant les juges pour leur faire la déclaration indiquée par le docteur Barth, ne leur fournira-t-il

pas des indications suffisantes pour amener l'arrestation du criminel. Le juge d'instruction, invité en quelque sorte à circonscrire ses recherches parmi la clientèle d'un médecin n'arrivera-t-il, pas plus facilement à la découverte du coupable. Nous pensons donc que pour rester fidèles à leur secret, les confidents devront s'abstenir soigneusement d'indiquer toute particularité pouvant en amener la découverte ; il serait, en outre, peut-être prudent de leur part de s'efforcer d'arriver indirectement à leur but, le salut d'un innocent.

Si le confident est tenu au silence au cours des poursuites son obligation demeure la même quand une condamnation a été prononcée.

Même si les conséquences de cette sentence devaient être irréparables, il n'en devrait pas moins taire le nom du coupable, tout en essayant de sauver l'innocent. Il s'adressera au pouvoir exécutif pour lui en demander la grâce, il cherchera à obtenir que le coupable aille, de lui-même, faire des aveux à la justice et nous ne le blâmerons certes pas si, dans ce but, il croit devoir employer, après les prières, les menaces.

La théorie du secret absolu a d'ailleurs d'éminents défenseurs ; elle est soutenue par des jurisconsultes MM. Hémar et Muteau et aussi par des médecins, MM. Dechambre et Brouardel (1), dont nous citerons la conclusion particulièrement énergique. « Sous aucun prétexte, nous ne devons dénoncer notre confident, même coupable ».

Les Tribunaux, on le comprendra facilement, n'ont jamais été appelés à se prononcer directement sur la question. Les

(1) MUTEAU op. cit. p. 180.

DECHAMBRE op. cit. p. 170.

BROUARDEL op. cit. p. 164.

Annales judiciaires relatent cependant deux exemples de cette dramatique hypothèse.

En l'an IX, un nommé Dubosq confia à un avocat qu'il était l'assassin du courrier de Lyon et que Lesurques, condamné en l'an IV et exécuté en l'an V, était innocent du crime qu'on lui avait imputé. Cet avocat, indécis sur la conduite à tenir, réunit solennellement ses confrères pour leur demander si son devoir n'était pas de révéler à la justice l'aveu qui lui avait été fait. En agissant ainsi, il manqua à ses devoirs et nous estimons que c'est à bon droit que le Procureur Général Delangle, lors du procès en révision introduit par les descendants de Lesurques, s'indigna en pensant qu'un membre du barreau avait pu être assez étranger aux devoirs et à la conscience de son état pour demander à ses confrères s'il lui était permis de violer une règle aussi ancienne que la profession. Dans la même affaire Lesurques, un prêtre avait également reçu d'un autre des accusés, Beroldy, une confession écrite qui proclamait l'innocence de Lesurques. Beroldy demandait le secret jusqu'après sa mort. Le prêtre se crut, avec raison, lié par le secret professionnel, il respecta la volonté du condamné dont il ne fit connaître les déclarations qu'à l'époque qu'il avait indiquée.

LA RÉVÉLATION CESSE-T-ELLE D'ÊTRE UN DÉLIT SI ELLE
EST FAITE POUR JUSTIFIER UNE ACTION EN PAIEMENT
D'HONORAIRES.

Un confident nécessaire peut être amené à réclamer par la voie judiciaire le paiement de ses honoraires. Si l'on peut relever chez lui l'intention de nuire à son client, le Tribunal se trouvera en présence d'un véritable chantage et il y

aura certainement lieu à l'application de l'article 378 (1).

Notre ancienne jurisprudence avait déjà vu dans ce fait un acte délictueux. (Arrêt du Parlement de Paris du 9 juillet 1593 et du 25 septembre 1600.) Par sentence du baillage criminel d'Evreux en date du 14 août 1747, confirmée par arrêt du Parlement de Rouen du 8 novembre de la même année, un chirurgien d'Evreux, coupable d'avoir dévoilé, dans une demande judiciaire d'honoraires, la maladie dont il avait soigné un membre du chapitre, fut condamné à dix livres d'amende et à une interdiction d'exercice de six années.

Un seul cas analogue, peut être relevé dans la jurisprudence contemporaine. Les faits de ce genre sont, en effet, fort rares, nous nous empressons de le dire à la louange des confidents nécessaires qui n'hésitent pas à sacrifier leur intérêt pécuniaire à leur dignité professionnelle. En 1863, le docteur H. n'ayant pu obtenir le paiement de ce qui lui était dû par le sieur N... remit à un huissier un projet de citation qui contenait sur la maladie de son client, la syphilis, des détails trop circonstanciés pour pouvoir être rapportés.

L'huissier reproduisit la note dans des termes fort adoucis, il est vrai, mais qui faisaient encore connaître au public la nature exacte de la maladie de M. N.

Celui-ci, justement ému, cita son médecin devant le Tribunal correctionnel de la Seine et le 11 mars 1864, H. en raison de ses antécédents (2) et aussi du caractère particulièrement grave des faits de la cause, fut condamné à la peine sévère de une

(1) MUTEAU op. cit. p. 196. LAVAUX. Du secret en médecine dans ses rapports avec la jurisprudence p. 49. BRIAND et CHAUDÉ. Manuel complet de médecine légale p. 577.

(2) Les débats firent connaître que le sieur H. né en 1807, avait été condamné, le 20 février 1836, à 6 mois de prison pour escroquerie par le Tribunal de Gap et le 17 juin 1854 à 5 ans de prison pour faux en écritures privées par la Cour d'assises des Basses-Alpes.

année d'emprisonnement, de 500 francs d'amende et de cinq ans de surveillance de la haute police. Le 14 avril 1864, la Cour de Paris, par adoption de motifs, confirma purement et simplement la décision des premiers juges.

Mais que décider si nous ne relevons plus l'intention de nuire, si nous nous trouvons en présence d'une demande en paiement d'honoraires faite loyalement. MM. Briand et Chaudé ont proposé un détour ingénieux. Ces auteurs admettent que le médecin, sans violer le secret professionnel, pourrait mettre son avocat au courant de la maladie du client récalcitrant. Pas d'indiscrétion à craindre de la part de l'avocat lié lui aussi par le secret professionnel. Il en serait de même des magistrats, qui doivent garder d'une façon absolue le secret de leurs délibérations. Ceux-ci connaîtraient l'affaire par une note confidentiellement remise, par une explication donnée en chambre du conseil.

MM. Briand et Chaudé n'oublient qu'un point. C'est que cette manière de rendre la justice serait absolument arbitraire et contraire à la loi. Et tout d'abord, toute révélation faite même à des personnes tenues, elles aussi, au secret professionnel, ne constituerait pas moins le délit de révélation de secrets. Les Tribunaux, de plus, ne jugent pas sur des notes confidentiellement remises et après des explications données en chambre du conseil. Les audiences sont publiques, la discussion est contradictoire, toute pièce que l'une des parties fait passer sous les yeux des magistrats doit être, au préalable, communiquée à l'adversaire. Le moyen imaginé par MM. Briand et Chaudé n'est donc pas susceptible de recevoir une application pratique.

Nous pensons que le confident nécessaire, même pour obtenir une légitime rémunération ne sera pas autorisé à révéler à la justice le secret qui lui a été confié.

Nous citerons à l'appui de notre opinion l'ouvrage de M. Muteau (1) et aussi une lettre éloquente de M. le docteur Jeannel (2), professeur à l'école de médecine de Bordeaux, dans laquelle s'appuyant surtout sur des considérations professionnelles, il s'élève énergiquement contre la théorie de MM. Briand et Chaudé.

Nous avons terminé la première partie de notre étude dont il est bon d'exposer ici le résumé ; des examens auxquels nous nous sommes livré, il résulte que le confident sera tenu au secret professionnel dès que le fait, parvenu à sa connaissance dans l'exercice de sa profession, sera de nature à exiger de la discrétion et que toute révélation qui en serait faite motivera l'application des peines de l'article 378, même en l'absence de toute intention de nuire. Nous avons enfin conclu que l'obligation de l'article 378 avait une portée absolue et que quelles que fussent les circonstances, la révélation ne pouvait jamais devenir légitime.

(1) MUTEAU op. cit. 196.

(2) Union Médicale 26 juillet 1864.

SECONDE PARTIE

DU SECRET PROFESSIONNEL INVOQUÉ EN JUSTICE

Nous avons examiné jusqu'ici les conditions générales du délit de révélation de secrets. Nous avons vu quelle conduite devait tenir selon nous le dépositaire de secrets. Mais nous n'avons envisagé en somme que les hypothèses les moins fréquentes. Il arrivera assez rarement qu'un avocat, qu'un médecin soit assez oublieux de ses devoirs pour se laisser aller à une révélation coupable. Les questions que nous allons aborder sont au contraire de nature à se présenter bien plus fréquemment dans la pratique. Le confident, en effet, qui évitera avec soin toute intempérance de langage, peut avoir connaissance d'un crime ou d'un délit ; devra-t-il le dénoncer ? Il peut être interpellé par la justice sur les choses qui lui ont été confiées. Devra-t-il comparaître, prêter serment et déposer ? Comme expert, il peut être chargé d'une mission judiciaire. Quelles seront ses obligations ? Il peut enfin être dépositaire d'objets et de pièces qui lui ont été remises par un client. Le juge d'instruction pourra-t-il s'en saisir par voie de perquisition judiciaire. Toutes ces questions sont assez importantes pour former une des parties de notre travail. Nous la diviserons en quatre sections.

1^o Dénonciation. — 2^o Déposition. — 3^o Perquisition. — 4^o Expertise.

Cesont là les principaux moyens mis par la loi à la disposition des magistrats pour arriver à la découverte de la vérité.

Section Ire. — Dénonciation

L'article 378 dans sa partie finale imposait aux confidents l'obligation de révéler à l'autorité compétente certains crimes, considérés comme particulièrement graves, et les relevait de leur secret dans les cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs. Le législateur de 1810 en établissant cette exception au principe du secret professionnel s'était appuyé sur les précédents de l'Ancien Droit que nous croyons utile de rappeler brièvement.

C'est surtout aux médecins que l'ancienne législation imposait le devoir de dénonciation, et elle l'a fait par de nombreuses ordonnances de police, répétées depuis le quatorzième siècle jusqu'à la Révolution.

Au mois d'Août 1301, un règlement du Prévôt de Paris porte que les barbiers de la ville, sitôt qu'ils auront étanché ou pansé un blessé, seront tenus de le faire savoir à la justice, sur peine de corps et d'avoir. Peu de temps après cette disposition fut étendue aux chirurgiens par l'édit de novembre 1311 dont les prescriptions furent renouvelées en 1352 et 1364. Aucun chirurgien ne pouvait exercer son art avant d'avoir juré solennellement devant le prévôt de Paris « qu'il ne « visiterait et ne panserait qu'une seule fois les blessés dans « les lieux privilégiés et qu'aussitôt après le premier pansement il en donnerait avis au dit prévôt. » Un autre édit

voulut appliquer les mêmes règles au cas où les blessés seraient soignés dans un lieu quelconque, même non privilégié, mais les protestations furent telles que le roi Charles V le retira en 1370.

Louis XI par une ordonnance du 22 décembre 1477, applicable à tous les dépositaires de secrets, prit des mesures d'une portée générale qui sont passées dans l'article 378 in fine : « Que toutes personnes quelconques, disait cette ordonnance, qui sauront ou auront connaissance de quelques traités, machinations, conspirations et entreprises qui se feront à l'encontre de notre personne, de nos successeurs et aussi à l'encontre de l'Etat et sûreté de nous ou d'eux et de la chose publique de notre royaume. soient tenues et réputées criminelles de crime de lèse-majesté, si elles ne le révèlent. » Les dépositaires de secrets s'inclinèrent devant cet ordre formel contre lequel les prêtres seuls protestèrent, prétendant qu'ils ne pouvaient, même sur l'invitation du pape faire une telle révélation, et cela, quelque fut la gravité du crime.

En décembre 1666, Louis XIV publia un édit applicable à la seule ville de Paris et qui avait pour but d'assurer la tranquillité de la cité violemment troublée à cette époque. Les chirurgiens étaient tenus de déclarer au commissaire du quartier « les blessez qu'ils auront pansez chez eux ou ailleurs pour en être fait par ledit commissaire son rapport à la police ». Le manquement à ces prescriptions était puni d'une amende qui, fixée d'abord à 200 livres, fut portée à 300 en 1716.

Remarquons que cette ordonnance ainsi que la plupart de celles qui suivirent faisaient des délateurs des chirurgiens seuls et ne parlaient pas des médecins. Certains auteurs ont soutenu qu'on avait voulu respecter le secret professionnel de ces derniers qui, dans la hiérarchie médicale, occu-

paient un rang supérieur à celui des chirurgiens. Cette raison de la distinction n'est pas péremptoire. Il est plus probable que les édits, dont le but était de réprimer les troubles de la rue, se sont adressés aux seules personnes dont le témoignage pouvait être utile, c'est-à-dire aux chirurgiens appelés par leur profession à donner leurs soins aux victimes des rixes et batailles.

Des ordonnances dans le même sens furent encore rendues les 4 novembre 1778, 8 novembre 1780 et 4 novembre 1788.

Enfin sous le droit intermédiaire, le 17 Ventôse An IX, le Préfet de police Dubois enjoignait aux officiers de santé, sous sanction pénale, de faire la déclaration des blessés soignés par eux, soit à domicile, soit dans un hôpital. L'obligation de dénonciation fut encore rappelée les 4 Pluviôse An XII, 25 Ventôse An XIII et 25 août 1806.

Le Code pénal vint-il abroger ces diverses dispositions ? Nous le pensons avec MM. Chauveau et Faustin Hélie, Hémar, Muteau et Blanche (1). Cependant, un auteur, M. Carnot, prétend que l'édit de 1666 a été implicitement maintenu par l'article 484 du Code pénal (2). Cet article nous semble au contraire décisif dans le sens de l'abrogation des anciennes ordonnances que nous venons d'examiner succinctement. N'abroge-t-il pas, en effet, les dispositions législatives de l'ancien droit dans les matières traitées par le Code et l'article 378 n'est-il pas venu tracer les règles du secret professionnel et prévoir en même temps les cas de dénonciation obligatoire ?

(1) HÉMAR. *Revue critique* 1869. p. 518.

CHAUVEAU et FAUSTIN HÉLIE. *Code pénal*. t. V. p. 12.

BLANCHE. *Op. cit.* p. 556.

MUTEAU. *Op. cit.* p. 352.

(2) CARNOT. *Commentaire sur le Code pénal*. t. 11, p. 563.

Les mesures prises par l'édit de 1666 qui nous paraissent aujourd'hui exorbitantes ont été cependant renouvelées, à diverses reprises, depuis la publication du Code, les 25 mars 1816, 2 décembre 1822 et enfin pour la dernière fois le 9 juin 1832, après les sanglantes journées des 5 et 6 juin. Cette dernière ordonnance qui reproduisait dans leurs parties essentielles les édits de 1666 et de 1788, souleva dans le corps médical d'unanimes protestations. Un médecin distingué, le docteur Gendrin, accusé, à tort paraît-il, d'en être le promoteur, s'attira l'animadversion de ses confrères. Dupuytren, sommé de déclarer à la police les noms de ses malades, fit cette réponse qui est restée célèbre : « J'ai pansé les blessures, je n'ai pas vu les visages ». Devant cette résistance énergique, l'ordonnance fut retirée sans avoir donné lieu à aucune poursuite. Peu de temps après, un magistrat, le conseiller Isambert, se faisait l'interprète de l'opinion en disant à la Cour de Cassation : « Il existe un article au Code pénal qui fait du secret un des devoirs des médecins, accoucheurs. Et si naguère une ordonnance de police a tenté de paralyser l'effet de cet article on sait avec quelle indignation elle a été reçue ».

Les ordonnances de 1666 et de 1832 ont vécu aujourd'hui et elles ont disparu pour toujours. Si un gouvernement osait encore prendre une mesure analogue, nous sommes certains que, comme en 1832, il serait bientôt forcé de la rapporter devant la réprobation générale. Nous n'en voulons pour preuve que les blâmes sévères qui, en 1874, accueillirent l'acte d'un chirurgien de l'hôpital Baujon, le docteur Dolbeau qui, sans dénoncer formellement un blessé reçu dans une de ses salles permit cependant à l'autorité de le découvrir.

Nous en avons fini avec les diverses mesures de police qui ont voulu imposer aux dépositaires de secrets, l'obligation

de la dénonciation. Nous avons voulu en exposer la suite. Il nous reste maintenant à nous demander quelle était la théorie du Code et quelles modifications y ont été apportées.

Dénonciation prévue par le Code

Le Code pénal obligeait dans deux cas tous les citoyens à révéler certains crimes ; sa disposition était générale et s'appliquait même aux dépositaires de secrets.

1^o COMLOTS FORMÉS CONTRE LA SURETÉ DE L'ÉTAT

Aux termes de l'article 103 toute personne ayant connaissance de complots formés contre la sûreté de l'État devait le dénoncer dans les vingt-quatre heures. L'article 104 punissait la non révélation de la réclusion, s'il s'agissait d'un crime de lèse-majesté et l'article 105 d'un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de 500 à 2000 francs s'il s'agissait d'autres complots.

2^o CRIME DE FAUSSE MONNAIE

Les articles 136 et 137 apportaient encore une restriction à l'article 378 en imposant aux dépositaires de secrets l'obligation de se porter dénonciateurs du crime de fausse monnaie. La non révélation était punie d'un emprisonnement d'un mois à deux ans.

Sous l'empire de cette législation, la loi du secret n'était donc pas absolue, mais les articles 103 et suivants, 136 et 137 ont été abrogés par la loi du 28 avril 1832 et l'obligation de dé-

nonciation imposée aux personnes qui acquièrent la connaissance de crimes intéressant la sûreté de l'Etat a cessé d'exister.

3^o EXAMEN DES ARTICLES 29 ET 30 DU CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE

Mais les articles 29 et 30 du Code d'Instruction Criminelle qui eux sont encore en vigueur, ne sont ils pas applicables aux dépositaires de secrets.

Aux termes de l'article 29 « toute autorité constituée, tout « fonctionnaire ou officier public, qui, dans l'exercice de ses « fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit « est tenu d'en donner avis au Procureur de la République. »

Cet article, à notre sens, ne saurait être applicable aux dépositaires de secrets qui ne figurent pas dans la catégorie des personnes désignées par le texte. A la rigueur on pourrait cependant y faire entrer certains confidents, les notaires par exemple, qui, détenant une partie de la puissance de l'Etat pourraient être considérés comme des fonctionnaires ou officiers publics. Mais, outre qu'il est peu probable que la loi ait voulu donner une pareille extension aux expressions qu'elle emploie, ce système établirait entre les différentes classes de confidents une distinction inexplicable, imposant aux uns la dénonciation et reconnaissant aux autres le droit de garder le silence.

D'après l'article 30 toute personne qui a été témoin d'un attentat, soit contre la sûreté publique, soit contre la vie ou la propriété d'un individu est pareillement tenue d'en donner, avis au Procureur de la République.

Cet article 30 n'est que la reproduction de l'article 1^{er} du titre VI de la loi des 16, 29 septembre 1791 et de l'article 87 de la loi du 3 Brumaire an IV qui avaient déjà établi une

semblable injonction. Cette disposition avait pour but nous dit le législateur de 1791 (décret en forme d'instruction pour la procédure criminelle des 29 septembre-28 octobre 1791) de faire de chaque citoyen un adversaire direct de tout infracteur des lois sociales.

Les prescriptions des articles 29 et 30 sont d'ailleurs dépourvues de sanction. La loi s'est contentée de tracer le devoir de chacun, sans en assurer l'accomplissement par une disposition répressive. Ainsi que le disait le comte de Bastard à la Chambre des Pairs dans un rapport sur la loi du 28 avril 1832. « Dans l'impossibilité de fixer la limite entre ce que l'intérêt public commande et ce qu'une certaine délicatesse réprouve, le législateur devait abandonner à la conscience éclairée des citoyens l'accomplissement de ce devoir »

L'article 30 vient-il déroger à l'article 378, en imposant l'obligation de la dénonciation aux dépositaires de secrets ? Nous ne le pensons pas. L'article 30 n'envisage que le témoin et non la personne qui, par état ou profession, a pu connaître un délit ou un crime, et son étendue est d'autant mieux déterminée que l'article 29 lui parle de personnes qui auront acquis la connaissance d'un acte délictueux. Si un avocat, si un médecin ont été rendus, par le hasard, les témoins d'une infraction, nul doute qu'ils ne doivent se soumettre à la disposition de l'article 30. Mais si c'est dans l'exercice de leur profession qu'ils ont eu connaissance de l'infraction, ils cessent d'être des témoins et restent des confidents tenus au secret par l'article 378.

Même en donnant au mot témoin un sens étendu qui ferait tomber sous l'application de l'article 30 les dépositaires de secrets, les mêmes conclusions, c'est-à-dire la dispense de dénonciation, nous paraîtraient devoir encore être adoptées. En effet, la loi a imposé à certaines personnes deux devoirs

à remplir, mais tandis qu'elle laissait celui de l'article 30 sans sanction, elle assurait l'accomplissement de celui de l'article 378 par une sanction pénale. Dans l'hypothèse où ces deux devoirs sembleront en conflit, n'est-il pas plus logique dès lors de remplir celui que la loi a considéré comme le plus important? Remarquons en outre que le Code Pénal étant postérieur au Code d'Instruction Criminelle, l'article 378 est venu apporter une dérogation à l'article 30. Et de plus, tandis que ce dernier article pose une règle applicable à toute personne, quelle que soit sa qualité, l'article 378 établit une règle spéciale et en vertu du principe « *specialia generalibus derogant* » ne doit on pas conclure à la non application de l'article 30.

Il s'en suit que chaque fois qu'il s'agira d'un secret professionnel, le confident devra garder le silence ; il devra parler, au contraire, quand, simple particulier, il aura été le témoin d'un crime ou d'un délit. Il se peut cependant que, même dans l'exercice de sa profession, il acquiert la connaissance de certains faits qu'il lui paraîtra de son devoir de révéler à la justice. La révélation sera licite par exemple, si le secret n'est pas celui du client, s'il s'agit de sauvegarder ce dernier contre certaines entreprises criminelles, car le secret professionnel ne sera plus en cause.

M. Tourdes, le savant professeur de médecine légale, examine avec une haute compétence certaines hypothèses où la révélation au parquet lui paraît s'imposer (1). Il eut un jour à donner ses soins à un enfant amaigri, affamé et dont le corps présentait de nombreuses traces de violences. Transporté à l'hôpital, le malade ne tarda pas à se rétablir. « Nous n'hésitâmes pas, dit le docteur Tourdes, à signaler ce fait à

(1) Dict. encycl. des sciences médicales. 3^e série. t. VIII. p. 432. Art. Secret médical.

l'attention de la police pour défendre l'enfant contre les mauvais traitements qui l'attendaient au retour ». De même deux frères de 7 et 9 ans sont atteints de pustules plates à l'anus traces évidentes d'attentats à la pudeur et de transmission de syphilis ; ils sont reçus dans le même service d'enfants, et le médecin considère comme un devoir d'appeler l'attention de l'autorité sur un fait qui donne lieu à l'application de l'article 331 du code pénal.

Le Docteur Brouardel préconise auprès de ses confrères le même règle de conduite. Le médecin qui, appelé auprès d'un malade, reconnaît que celui-ci a été la victime d'un crime ne doit pas hésiter à dénoncer le fait à l'autorité compétente, si cette dénonciation présente pour le malade un intérêt. Si, en particulier, le malade a été empoisonné, le médecin devra le mettre à l'abri de toute nouvelle tentative criminelle, même au moyen d'une dénonciation. « Vous devez guérir, conseille le docteur Brouardel au médecin, si cela est possible et au moins protéger votre malade et en ce cas la révélation me semble obligatoire pour la conscience du médecin. »

C'est en agissant ainsi que le confident pourra se conformer à la fois aux deux dispositions de la loi qui au premier abord paraissent contradictoires. Il gardera le silence si le secret professionnel l'y oblige et, dans le cas contraire, il pourra et devra même parler, bien que les faits soient parvenus à sa connaissance dans l'exercice de sa profession.

Section II. -- Témoignage

Toute personne appelée à déposer devant un magistrat, a plusieurs devoirs à remplir pour satisfaire, complètement à la citation.

Elle doit d'abord comparaître, prêter serment ensuite et enfin faire connaître à l'autorité judiciaire tout ce qu'elle peut savoir de l'affaire.

1^o COMPARUTION

Les personnes soumises à l'obligation du secret professionnel sont astreintes, sans aucun doute, à comparaître devant la juridiction qui les a convoquées ; aucune disposition légale ne les dispense de déférer à la citation. Si donc un confident nécessaire s'abstenait de comparaître pour cette raison seule qu'il est tenu au secret professionnel, il pourrait, aux termes de l'article 80 du Code d'Instruction Criminelle, être condamné à une amende de cent francs et contraint à venir donner son témoignage.

Telle était déjà la doctrine de l'ancien droit (1) et on comprend que notre code s'y soit rallié et n'ait pas dispensé le confident de comparaître comme il l'a fait pour certains fonctionnaires ou hauts dignitaires.

La citation ne donne aucun renseignement sur la nature des questions qui seront posées au témoin, peut être celles-ci porteront-elles sur des faits étrangers à l'exercice de la profession du confident qui retombera dès lors sous l'empire du droit commun.

La jurisprudence conforme à la doctrine et aux traditions de nos anciens Parlements refuse au confident nécessaire un privilège que rien ne justifie (2). Elle s'est prononcée dans

(1) MUYART DE VOUGLANS.—Lois criminelles livre II. tit. IV. chap.1 p. 786.

(2) La Cour d'Assises de la Seine a fait application de cette doctrine dans un arrêt du 13 janvier 1894, aff. Wilson-Tournard en exigeant la comparution de deux députés, MM. Royer et Leydet. Ceux-ci, se prétendaient tenus au secret professionnel en leur qualité de membres de la commission d'enquête, chargée d'éclairer la Chambre sur l'élection de M. Wilson.

ce sens à diverses reprises et ses décisions nous paraissent trop rationnelles pour qu'il soit nécessaire de les examiner plus longuement.

2° SERMENT

Le confident nécessaire devra également prêter le serment que les articles 75, 155 et 317 du Code d'Instruction Criminelle imposent au témoin. La loi ne l'en dispense pas et l'ignorance où il se trouve des questions qui lui seront posées ne l'autorise pas à refuser la prestation de serment. Ce serment d'ailleurs ne l'oblige pas à violer le secret professionnel, il reste libre de ne pas répondre aux questions du magistrat, si celles-ci sont relatives à des faits couverts par le secret professionnel. L'opinion de M. Faustin Hélie, qui pense qu'en prêtant serment le confident consent à parler et est acquis comme témoin à l'instruction, est restée isolée. M. Faustin Hélie (1) cite à l'appui de sa thèse un arrêt de la Cour de Cassation du 26 janvier 1826, mais cet arrêt dit simplement que l'avocat, appelé comme témoin dans une instance relative à des faits qui lui avaient été confiés, peut, avant de prêter le serment prescrit par la loi, annoncer au Tribunal qu'il ne se considérera point comme obligé par ce serment à déclarer comme témoin ce qu'il ne sait que comme avocat. On ne peut induire des termes de cet arrêt l'obligation d'invoquer le secret professionnel avant la prestation de serment.

En jurant de dire la vérité, le témoin a seulement entendu promettre de dévoiler les faits dont il lui est permis de parler. Pourquoi l'empêcher d'invoquer le secret professionnel

(1) FAUSTIN HÉLIE, *Instruction criminelle*, p. 482.

quand il s'agira de faits qu'il n'a connus que dans l'exercice de sa profession ?

La jurisprudence a consacré cette doctrine en décidant qu'un confident nécessaire cité comme témoin doit prêter le serment qui lui est demandé, mais qu'il peut à un moment quelconque, même au cours de sa déposition, invoquer l'article 378 pour garder le silence.

En 1879, devant la Cour d'Assises de la Seine, le Docteur B. refusa de prêter serment, pensant qu'il serait obligé de dire toute la vérité, tandis qu'en réalité ce serment ne le liait qu'à l'égard des faits qu'il se serait cru permis de révéler. La Cour rendit alors l'arrêt suivant qui imposait au docteur B. la prestation de serment. « Considérant qu'aucune loi ne
« dispense les médecins de comparaître comme témoins de-
« vant la justice et d'y prêter le serment prescrit, qu'en leur
« interdisant la révélation des secrets qui leur ont été con-
« fiés dans l'exercice de leur profession, l'article 378 du Code
« Pénal n'a pas dit qu'ils ne seraient pas appelés en témoi-
« gnage, qu'en effet, ils peuvent être invités à s'expliquer
« sur des faits qui ne soient pas couverts par le secret pro-
« fessionnel et que c'est seulement quand les questions leur
« seront posées qu'il leur appartient de déclarer s'il leur est
« ou non possible d'y répondre ; considérant que le témoin
« qui refuse de prêter serment doit être considéré comme
« défaillant, vu l'article 80 du Code d'Instruction Criminelle,
« condamne le dit docteur B. à 100 francs d'amende (1) ».

Par arrêt du 18 août 1882 la Cour de Cassation, contrairement à la théorie de M. Faustin Hélie, décida que le confident nécessaire n'était pas obligé par le serment de déposer sur des faits confidentiels. « Attendu que le témoin, lié

(1) Cour d'Assises de la Seine. 9 et 10 avril 1877. Gazette des Tribunaux 10 et 11 avril.

par le secret professionnel, peut, soit avant, soit après la prestation de serment et en obéissant à ce dont la conscience lui fait un devoir, se refuser à faire connaître des faits sur lesquels il ne lui est pas permis de s'expliquer; attendu au surplus qu'il ne peut connaître par avance les questions qui pourront lui être adressées dont quelques-unes peuvent s'appliquer à des faits n'ayant pas un caractère confidentiel et à raison desquels il peut éclairer la justice, ce qui notamment a eu lieu dans l'espèce, qu'il ne peut donc résulter du refus fait par le témoin, après sa prestation de serment, de s'expliquer sur des faits dont il n'avait connaissance qu'en sa qualité de magistrat et lors des délibérations auxquelles il avait pris part, une violation de l'article 80 du Code d'Instruction Criminelle, ni une fausse application de l'article 378 du Code Pénal. »

3^o DÉPOSITION

Le témoin, après avoir comparu et prêté serment, sera ensuite interrogé. Quelle devra être la conduite du dépositaire de secrets si les questions viennent à porter sur des faits confidentiels ?

Divers systèmes que nous allons passer en revue ont été proposés.

Le premier, imaginé par M. Legraverend(1), n'a pas trouvé d'autre défenseur que son auteur et est également repoussé en doctrine et en jurisprudence. M. Legraverend adopte, en effet, une solution radicale qui aboutit à la suppression pure et simple du secret professionnel au point de vue qui nous occupe. L'article 80 oblige toute personne à prêter son con-

(1) Pau 12 juillet 1882, maintenu par Cassation 18 août 1882. S.85. 1. 141.

(2) Législation criminelle t. 1^{er} p. 154.

cours à l'œuvre de la justice. C'est une règle d'une portée générale qui ne peut recevoir de restriction sans compromettre la bonne administration de la justice qu'elle a pour objet d'assurer et aux termes de laquelle le confident devra aux magistrats toute la vérité. Il ne pourra se retrancher derrière l'article 378 pour refuser de déposer.

M. Legraverend pense de plus que la loi défendant les actes criminels, le dépositaire de secrets ne doit pas en empêcher la répression en lui prêtant d'abord son ministère, en refusant de déposer ensuite.

Ce dernier argument nous paraît être simplement le résultat d'une erreur. L'auteur semble confondre le cas où l'avocat, le médecin se seront rendus complices d'actes criminels et celui où ils auront été seulement les confidents du coupable. Dans la première hypothèse alors, ce n'est plus comme témoins, mais comme prévenus qu'ils devraient comparaître devant les magistrats; la question du secret professionnel ne se poserait plus. Mais s'il n'ont fait que fournir au coupable l'assistance de leur ministère après la consommation de l'infraction, nous estimons qu'ils ne sont pas tenus, en dévoiant ces actes d'assistance, de trahir la confiance dont ils ont été l'objet.

Nous accorderons volontiers à M. Legraverend que la société tout entière est intéressée à la découverte des coupables et à la répression des délits assurée par l'article 80 du Code d'Instruction Criminelle. Mais dirons-nous avec M. Faustin Hélie : « La société n'a-t-elle d'autre intérêt que de découvrir partout les indices des crimes. N'a-t-elle pas aussi l'intérêt non moins sacré de maintenir la sûreté des relations des citoyens, de protéger la foi jurée, de veiller à l'accomplissement des devoirs moraux (1) ». Cet argument, tiré

(1) CHAUVEAU, FAUSTIN HÉLIE et VILLEY. t. V. p. 17 Code pénal.

de la nécessité sociale d'assurer le secret des confidences, nous l'avons déjà maintes fois invoqué. Mais il ne nous paraît pas inutile de le reproduire, car il est péremptoire et il doit trancher le débat. Si la loi eut voulu restreindre l'application de l'article 378, elle s'en serait formellement expliquée; l'article 378 est postérieur d'une année à l'article 80 du Code d'Instruction Criminelle. Le législateur avait apporté une restriction en ce qui concerne les dénonciations, s'il eut voulu faire application de l'article 80 aux dépositaires de secrets, il n'aurait certainement pas gardé le silence sur ce point.

Nous devons donc nous en tenir aux termes mêmes de l'article 378 et conclure que la loi qui érige en délit la révélation de certains secrets ne pouvait ordonner de commettre ce délit.

M. Rauter (1) a soutenu un système à peu près analogue en s'appuyant sur d'autres arguments. Pour lui, comme pour M. Legraverend, l'article 80 a une portée générale que l'article 378 ne peut restreindre. M. Rauter pense que ce dernier article ne vise que les révélations spontanées faites par le confident dans le cours de sa vie privée. Il estime également que la déposition en justice ne revêt plus ce caractère spontané qu'exige l'article 378. Cet auteur sépare donc deux sortes d'hypothèses bien distinctes et faisant application de l'article 378 aux révélations extrajudiciaires, il applique le seul article 80 aux révélations judiciaires.

Nous ne saurions admettre une pareille distinction, rien ne l'autorise, ni le texte ni les motifs de la loi. L'article 378 interdit toutes les révélations, qu'elles soient spontanées ou suggérées. Peut-on dire d'ailleurs que les révélations faites en

(1) Droit criminel, t. 11, p. 105-330.

justice ne sont pas des révélations spontanées ? « Le témoin, dit Dalloz (1), doit déposer spontanément, sans contrainte ni suggestion. » Le vœu de la loi est qu'il fasse de lui-même l'exposé de tout ce qu'il peut savoir et non qu'il se contente de répondre aux questions du magistrat. C'était déjà la théorie de l'ancienne jurisprudence rapportée par Jousse (2). « Le juge ne doit rien suggérer au témoin ».

Sans doute, en pratique, les choses ne se passent pas toujours ainsi. Les magistrats usent quelquefois vis-à-vis des témoins d'interpellations directes, ils y sont même souvent amenés par la timidité, l'inintelligence ou l'obstination des témoins. Est-ce à dire que la déposition en justice changera dans ce cas de caractère. En aucune façon. Elle restera spontanée. La solution logique, inéluctable, est qu'il n'y a pas place ici pour une distinction, que la révélation même sollicitée par la justice rentre certainement dans les prévisions de l'article 378.

M. Rauter n'impose d'ailleurs pas à tous les confidents la révélation de leurs secrets. Quoique l'article 80 soit général, il pense qu'il doit néanmoins disparaître dans certains cas. C'est ainsi que les prêtres seront dispensés de témoigner en justice sur les faits qu'ils auront connus en confession. La raison de cette dispense, d'après M. Rauter, est que la libre pratique de la religion catholique, garantie comme droit public par la Charte serait inconciliable avec la règle contraire. (Articles 5 et 6 de la Charte. Loi du 18 Germinal an X.) De même les avocats, dont le ministère est indispensable à l'administration de la justice, seront dispensés de déposer par application de l'ordonnance du 20 novembre 1822.

(1) Répertoire V^o Témoin n^o 31.

(2) Justice criminelle, tome. II. p. 88.

Mais M. Rauter ne va pas plus loin. L'article 80 s'appliquera à tous les dépositaires de secrets autres que les prêtres et les avocats. Les médecins, les chirurgiens, les notaires, ne pourront refuser de déposer des faits qui seraient venus à leur connaissance dans l'accomplissement de leur profession.

Un troisième système a été soutenu par d'éminents criminalistes (1), M. Faustin Hélie l'a défendu dans ses écrits et a contribué grandement à le faire admettre par la jurisprudence (2).

M. Faustin Hélie cherche à concilier les articles 80 du Code d'Instruction Criminelle et 378 du Code Pénal et à en assurer l'application. Le dépositaire de secrets, appelé en justice, ne peut satisfaire à la fois aux prescriptions contradictoires de ces deux articles, car dans cette théorie on admet avec raison que l'article 378 s'applique aussi bien aux dépositions judiciaires qu'aux révélations extrajudiciaires. Pour sortir de cette situation, M. Faustin Hélie imagine dès lors de s'en remettre purement et simplement à la conscience du confident. Ce dernier aura le droit de juger en dernier ressort, s'il doit déposer ou garder le silence. S'il opte pour

(1) CHAUVEAU FAUSTIN-HÉLIE et VILLEY. Code pénal t. 5, p. 15.

FAUSTIN-HÉLIE. Instruction criminelle t. V, p. 563.

DALLOZ Répertoire V^o Révélation de secrets, n^o 31.

MORIN. Répertoire droit criminel t. p. 683.

BLANCHE op. cit. t. V, p. 553.

DUBRAC. Jurisprudence médicale p. 166.

GARRAUD op. cit. p. 59.

VERWAEST op. cit. p. 88.

(2) C. 30 nov. 1810. S. 1811. 1.50.

C. 20 janvier 1826. S. 27.1.76.

C. 22 février 1828. S. 28.1.270.

C. 18 juin 1835. S. 35.1.920.

C. 24 mai 1862. D. 62.1.545.

Rouen 17 décembre 1858. D. 59.2.163.

C. 18 août 1882. D. 83.1.46. maintenant arrêt de Pau 12 juillet 1882.

le premier parti, aucune poursuite ne sera possible, la conduite du confident sera peut-être blâmable au point de vue moral mais elle ne pourra tomber sous le coup de la loi pénale.

Des partisans de cette théorie ont été plus loin et tout en reconnaissant que le confident peut parler, ils proclament que son devoir lui ordonne de ne rien révéler. C'est ainsi que le 8 avril 1851 la Cour de Paris déclarait, qu'un avoué, ayant refusé de déposer sur des faits confidentiels, avait usé d'un droit et même rempli un devoir et que la Cour de Cassation admettait le 8 août 1882, qu'un magistrat, interrogé sur des faits confidentiels, avait non seulement le droit, mais même le devoir, de refuser toute explication (1).

La distance qui sépare cette doctrine de celle du secret absolu que nous adoptons et qui applique l'article 378 avec ses pénalités aux révélations faites à la justice est bien faible et bien facile à franchir. S'il est du devoir du confident de garder le silence, si en parlant il manque à ses obligations professionnelles, pourquoi se refuser dès lors à lui faire application des dispositions pénales qui punissent les révélations de secrets.

On a invoqué divers arguments qui sont loin de nous paraître péremptoires. Une révélation ainsi faite à la justice, a-t-on dit, ne peut constituer un délit, parce que le confident n'a pas eu l'intention de nuire. Mais cet argument est sans portée dans le système adopté par la jurisprudence et la majorité des auteurs et qui n'exige pas l'intention de nuire. Nous avons examiné trop longuement la question pour qu'il soit nécessaire de nous y arrêter de nouveau. L'intention criminelle, suffisante pour que la révélation devienne punissable, résultera de ce fait que le confident sait qu'il commet

(1) D. 83. 1. 46.

une infraction en révélant à la justice des faits qui lui ont été confiés.

On ajoute que si en principe l'article 378 s'applique aux révélations même non spontanées, il ne saurait plus en être ainsi si ces révélations ont été provoquées par ordre de justice. L'interpellation du magistrat sera la justification du confident qui aura trahi la confiance de son client.

Il nous paraît impossible de donner au magistrat le pouvoir de relever un confident du secret professionnel alors surtout que nous avons refusé ce droit à l'auteur de la confidence. Les mêmes raisons d'ordre supérieur que nous avons déjà invoquées se retrouvent ici avec toute leur force. Il est vrai que d'après certains auteurs, entre autres M. Faustin Hélie, cette interpellation du magistrat produirait un autre effet. Elle créerait chez le témoin un état d'esprit suffisant pour donner lieu à l'application de l'article 64 du Code pénal ainsi conçu : « Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister. »

Mais peut-on admettre sérieusement que l'interpellation d'un magistrat soit suffisante pour provoquer chez un avocat, chez un avoué, chez un médecin, cette contrainte morale dont parle l'article 64 du Code pénal. Poser la question équivaut ce nous semble à la résoudre. Supposons même un avocat, un médecin assez timides pour se laisser troubler par la question d'un juge d'instruction. Le sentiment qui existera chez le témoin pourra être, nous l'admettons, mais nous ne saurions aller au delà, une sorte de crainte révérentielle, mais cette crainte révérentielle ne suffira pas à motiver l'application de l'article 64. Par force irrésistible, il faut entendre, en effet, avec M. Duver-

ger (1), soit la volonté de la loi ou de l'autorité légitime, soit une force majeure. La seule crainte révérentielle qui n'est pas une force majeure n'est pas suffisante pour enlever à une infraction tout caractère délictueux. Nous ne pouvons voir davantage dans l'ordre du magistrat l'autorité légitime dont parle M. Duverger (2). L'autorité de juge ne repose que sur la loi et ne reste légitime qu'à cette condition.

Cette théorie, en somme, met à néant elle aussi l'article 378 dans les débats judiciaires. D'après elle, le confident n'est plus obligé au secret par une disposition pénale, l'article 378 ne lui est plus applicable. Et cependant ses partisans reconnaissent que le confident sera libre de se taire, certains même vont jusqu'à dire, qu'en agissant ainsi, il remplira un devoir.

N'y a-t-il pas là une étrange contradiction? Ou bien faites disparaître, avec MM. Legraverend et Rauter, l'article 378 avec toutes ses conséquences ou reconnaissez qu'il a une portée générale et frappe toutes les révélations quelle que soit la manière dont celles-ci se produisent. Avec cette thèse de la déposition facultative vous violez en effet à la fois l'article 80 du Code d'Instruction Criminelle et l'article 378 du Code Pénal, sous le prétexte d'en concilier les dispositions. Vous pensez que l'article 378 ne lie plus le confident devant la justice, vous en repoussez l'application et aussitôt après vous venez restreindre l'article 80. Et au nom de quels principes? Vous n'en invoquez aucun et vous avez recours alors à de vagues considérations de sentiment. « Le devoir de déposer en justice cesse d'être obligatoire, écrit M. Gar-

(1) Manuel des juges d'instruction.

(2) Pour être obéie une autorité doit-être à la fois légitime et légale, art. 527 C. P.

raud, (1) dans le cas où on ne pourrait contraindre à l'accomplir sans troubles l'ordre social par la violation d'un secret plus impérieux encore. « L'abstention, dit M. Faustin Hélie, (2) n'est que l'accomplissement d'un devoir, la justice ne peut en exiger la violation » et dans un rapport sur l'affaire Lamarre (3). « Il importe de conserver à des fonctions sur lesquelles la société s'appuie une indépendance qui seule peut garantir les intérêts qu'on leur a confiés. »

Nous ne pensons pas que ces arguments soient suffisants à eux seuls pour faire fléchir une disposition formelle du Code, mais nous en reconnaissons volontiers la force ; nous irons même plus loin. Le législateur s'en est inspiré dans l'article 378 pour protéger l'ordre social et assurer, d'une façon efficace, l'accomplissement d'un devoir de la part d'hommes sur les fonctions desquels la société s'appuie.

Nous n'hésiterons donc pas à adopter un quatrième système qui applique l'article 378 aux dépositions faites en justice (4).

L'article 378 s'étend à toutes les révélations, soit judiciaires, soit extrajudiciaires. Nous reconnaissons l'existence d'une exception à l'article 80 du code d'instruction criminelle ; mais cette exception ne sera pas simplement morale, elle sera garantie par la loi pénale. Si un dépositaire de secrets révèle à la justice des faits confidentiels, non seulement il

(1) op. cit. p. 59.

(2) Code Pénal. t. V. p. 15.

(3) D. 53. 1. 205.

(4) CARNOT. C. P. t. II. 242.

ROYER p. 121. op. cit.

HALLAYS p. 69, op. cit.

MUTEAU. p. 77. op. cit.

manquera gravement à ses devoirs professionnels, mais il s'exposera encore à des poursuites correctionnelles du chef de l'article 378.

Les raisons que nous avons invoquées précédemment pour repousser les trois autres systèmes nous semblent suffisantes pour justifier cette théorie du secret absolu qui nous paraît seule conforme au texte et à l'esprit de la loi.

En quels termes le confident nécessaire devra-t-il faire connaître à la justice son refus de déposer. Cette question qui ne semble au premier abord susceptible que d'une solution a été cependant tranchée de façons bien diverses par la doctrine et la jurisprudence.

Il serait désirable que le confident pût se borner à faire connaître aux magistrats sa qualité : et se contenter de dire je suis avocat, médecin ou prêtre et comme tel la loi pénale m'oblige à garder le silence. C'est cette formule qu'enseignaient les casuistes en disant : Un confesseur est interrogé par un juge : Que doit il répondre ? Qu'il est confesseur et qu'il n'a rien à dire, mais il ne peut s'échapper par un mensonge, en prétendant qu'il n'a pas confessé le criminel. Carnot (1) se prononçait dans le même sens : « Le dépositaire du secret appelé en témoignage doit simplement déclarer qu'il a été le confesseur, le conseil ou l'officier de santé de l'accusé sans motiver plus amplement son refus de déposer afin que l'on ne puisse en tirer aucune induction en faveur de l'accusé ou contre lui. »

La jurisprudence la plus récente semble vouloir se contenter de cette simple déclaration. Un magistrat, ayant répondu qu'il ne pouvait satisfaire aux questions posées sans manquer à l'obligation du secret professionnel, la Cour de

(1) Code Pénal t. II. p. 208.

Cassation, par arrêt du 18 août 1832, proclama que cette formule était suffisante pour motiver le refus de déposition. Malheureusement la doctrine que la Cour avait consacrée dans un certain nombre d'arrêts antérieurs était loin d'être aussi libérale (1). Elle exigeait des justifications plus complètes, elle traitait différemment les diverses classes de confidents et créait entre elles d'inexplicables différences.

C'est ainsi que le 26 juillet 1845, elle décidait qu'un médecin ne peut se borner à alléguer que le fait sur lequel sa déposition est requise est venu à sa connaissance dans l'exercice de sa profession, mais qu'il doit en outre prouver que ce fait lui a été confié sous le sceau du secret.

Une telle théorie porte une grave atteinte au secret professionnel, aussi espérons nous que l'arrêt de 1882 indique un changement définitif dans les tendances de la jurisprudence.

Il est à peine besoin de dire que le dépositaire de secrets, interrogé sur des faits non confidentiels ou qu'il n'a pas connu dans l'exercice de sa profession, doit à la justice une déposition complète. Mais il peut avoir eu connaissance de certains faits à la fois comme confident et comme témoin ordinaire. Quelles seront, dans ce cas, ses obligations ? Une distinction nous paraît nécessaire. Il se peut qu'il ait d'abord connu ces faits comme confident nécessaire et plus tard seulement comme homme privé. Il n'est pas douteux, en ce cas, que ce confident ne soit tenu au silence. L'obligation du secret a pris naissance et cette circonstance d'une nouvelle connaissance des faits ne peut en modifier le caractère. Nous adopterions la solution contraire dans l'hypothèse

(1) Cass. 20 janv. 1826 aff. Sourbé — Cour d'assises de Rouen 9 juin 1825. (aff. Bertram). Cass, 26 juillet 1845 aff. St-Pair.

inverse. Le confident ne sera plus tenu au secret professionnel si ce n'est pas en raison de sa qualité que les faits sont parvenus d'abord à sa connaissance, peu importe que, plus tard, ceux-ci lui aient été révélés confidentiellement. Cette première connaissance des faits a créé un état de choses qu'une confiance ultérieure n'est pas susceptible de modifier. Dans cette situation, le dépositaire de secrets qui se laisserait aller à une révélation ne tomberait pas sous le coup de l'article 378, et par contre il devrait se soumettre aux prescriptions de l'article 80.

Cette solution se défend d'elle-même et les dangers seuls que présenterait la théorie contraire sont suffisants pour ne pas laisser place au doute. « Il serait trop facile à un « délinquant d'échapper à la vindicte publique en allant « chez le témoin qui seul peut être sera son accusateur lui « confier un fait déjà connu de lui pour lier sa parole et le « condamner au silence (1) ».

Cette théorie était déjà celle de l'Ancien Droit (2); elle a été consacrée par la jurisprudence (3) et par la doctrine (4). Un exemple montrera bien quelle doit être la conduite du confident. Il y a quelques mois, un médecin fut attaqué la nuit par des rôdeurs. Il était armé d'un revolver et en se défendant, il brisa le bras d'un de ses agresseurs. Il était à peine rentré dans son domicile qu'on vint le chercher en hâte pour donner ses soins à un blessé. Le médecin reconnaît dans le malade l'homme qui vient de l'attaquer. Evidemment le

(1) MUTEAU *op. cit.* p. 129

(2) MUYARD DE VOUGLANS *op. cit.* p. 786

(3) C. 14 septembre 1827. S. 28. I. 391.

C. 18 juin 1833. S. 33. I. 92).

(4) ROUSSEAU ET LAISNEY. N° 259. 265.

CHAUVEAU, FAUSTIN HÉLIE ET VILLEY t. 5. p. 23.

FUZIER HERMANN V° Avoué. n° 212.

médecin pouvait faire sa déposition aux magistrats, il n'était pas lié vis-à-vis de son client par le secret professionnel. Le résultat d'un pur hasard ne devait pas avoir pour effet de faire échapper le coupable à un juste chatiment.

Section III. — Perquisition

Les articles 87 et 88 du Code d'Instruction Criminelle donnent au juge d'instruction le droit de procéder à toutes perquisitions et saisies qui lui sembleront utiles, soit au domicile du prévenu, soit en tous autres lieux.

Article 87. Le juge d'instruction se transportera s'il en est requis et pourra même se transporter d'office dans le domicile du prévenu pour y faire la perquisition des papiers, effets et généralement de tous les effets (l'édition de 1808 porte : objets) qui seront jugés utiles à la manifestation de la vérité.

Mais ne faut-il pas apporter à ces articles une exception et refuser aux magistrats instructeurs le droit de perquisition si les pièces qu'il s'agit de saisir sont déposées au domicile d'une de ces personnes que l'article 378 astreint au secret professionnel. Devons nous appliquer la loi commune où, au contraire, y apporter une dérogation. La question est la même quelle que soit la profession du confident nécessaire, qu'il s'agisse d'un avocat ou d'un notaire, d'un avoué ou d'un médecin. Tous peuvent posséder dans leur cabinet des pièces émanant d'un client et contenant la révélation d'un secret. Le médecin a pu recevoir de son client une lettre où celui-ci décrivait les symptômes de sa maladie ou les résultats d'un traitement suivi ; l'avocat a pu connaître par la même voie les aveux d'un criminel.

Cependant en raison du rôle de l'avocat, de ses rapports constants avec les accusés ou les prévenus, ce sera le plus souvent chez un membre du barreau que le magistrat instructeur pourrait avoir à pratiquer une saisie. Comme de plus, la question s'est présentée à propos d'une visite domiciliaire chez un avocat, pour la clarté de l'exposé nous raisonnerons dans cette hypothèse, après qu'il a été bien entendu que la discussion a une portée absolument générale.

Un juge d'instruction peut-il donc opérer ou faire opérer une perquisition dans le cabinet d'un avocat et y saisir des effets, lettres ou papiers qui lui ont été confiés par un client.

Avant d'aborder la discussion théorique de la question, nous croyons utile d'exposer d'abord comment celle-ci s'est présentée en pratique, à propos d'une perquisition ordonnée dans le cabinet de M^e Léon Lévy, avocat à la Cour d'Appel de Nancy, par le juge d'instruction de Saint-Dié.

Dans le courant de l'année 1891, un sieur D..., demeurant à Corcieux, fit contracter à son profit, une assurance sur la vie de 40,000 francs par un sieur S..., qui mourut peu de temps après. Les conditions dans lesquelles avait été passé le contrat d'assurances, les circonstances mêmes du décès de l'assuré parurent suspectes; une instruction fut ouverte après une plainte de la Compagnie d'assurances. Au cours de l'information, le magistrat instructeur, qui savait que diverses pièces et notamment la police d'assurances dont l'examen lui était nécessaire avaient été remises par D..., à son avocat, M^e Lévy, du barreau de Nancy, dans le but d'exercer une action en paiement de l'indemnité contre la Compagnie, adressa à son collègue de Nancy, une commission rogatoire à l'effet de pratiquer une perquisition dans le cabinet de M^e Lévy.

Cette commission rogatoire contenait les passages suivants :
« Requérons M. le juge d'instruction de Nancy à l'effet d'opé-
« rer des perquisitions au domicile du N^e Lévy, avocat près
« la Cour d'Appel et au besoin en tout autre lieu pour y re-
« chercher et saisir tous papiers, écrits, correspondances re-
« latives à la souscription d'une police d'assurance sur la vie
« du sieur S... de Gerbépal au profit du N^e D... saisir égale-
« ment toutes pièces relatives à la demande de paiement du
« capital. Rechercher notamment *a*) une proposition d'assu-
« rance, l'un des originaux de la police, *b*) une lettre de la
« Compagnie d'assurances générales fixant le délai pour le
« règlement du sinistre, *c*) un acte sous seings privés par
« lequel S... se reconnaît débiteur envers D... d'une somme
« de 8050 francs et s'engage à contracter à son profit une as-
« surance sur la vie ; toutes les lettres de N... de Gérardmer,
« mandataire de D... »

Le barreau s'émut de cette mesure d'instruction et le Conseil de l'ordre fut saisi de l'affaire. Cette juridiction disciplinaire, déclarant que M^e Lévy n'avait pas manqué à ses devoirs professionnels, proclama que la perquisition ordonnée violait le principe de la libre défense et était contraire à la loi. Elle s'appuyait uniquement sur un arrêt de la Cour de Cassation en date du 12 mars 1886 qui avait déclaré illégale la saisie de lettres adressées par un accusé à son défenseur et elle en tirait cette conséquence que toute saisie dans le cabinet d'un avocat était rigoureusement prohibée. Nous examinerons plus loin cet arrêt et nous verrons s'il avait bien toute la portée qu'on a voulu lui donner. Sur appel, puis sur pourvoi du Procureur Général, la Cour d'Appel et la Cour de Cassation eurent à examiner la délibération du Conseil de l'ordre, non pas au point de vue qui nous occupe, mais uniquement sur le point de savoir si le Conseil, en criti-

quant les actes d'un magistrat, n'avait pas outrepassé les limites de ses pouvoirs. Disons en passant que ces deux Cours reconnurent que le Conseil avait agi dans la plénitude de son droit.

Examinons maintenant la question en droit et demandons-nous si la commission rogatoire était légale ou si elle ne dépassait pas, au contraire, les pouvoirs conférés par le Code aux juges d'instruction.

Des auteurs éminents, se fondant sur l'esprit de l'article 378, ont refusé à ces magistrats tout droit de saisie dans le cabinet de l'avocat. Sans faire aucune distinction, ils ont admis d'une manière absolue, l'inviolabilité du domicile de l'avocat et ont proclamé que le pouvoir du magistrat cessait au seuil du cabinet des membres du barreau.

« Que deviendrait, écrit M. Faustin Hélie (1), ce secret imposé à l'avocat si son cabinet pouvait être l'objet de perquisitions judiciaires, que servirait de respecter les confidences orales qu'il a reçues si les confidences écrites qui ont été déposées entre ses mains pouvaient être violées. » Dans un autre de ses ouvrages, M. Faustin Hélie (2) après avoir reconnu très énergiquement le droit pour le juge d'instruction de saisir les lettres appartenant au prévenu fait une exception pour le cas qui nous intéresse. « Le droit du juge trouve ici une limite qu'il ne peut franchir. L'intérêt de la défense qui est un des éléments de la justice elle-même et qui constitue par conséquent un intérêt général, lui interdit la visite des lettres et papiers déposés par le prévenu dans le cabinet de son défenseur. Ces lettres et papiers se confondent avec les confidences qu'il a pu faire, ils

(1) FAUSTIN HÉLIE *Instruction criminelle* t. 5. p. 509 et 599.

(2) *Code Pénal* t. 3. p. 34.

Instruction criminelle t. 4. n° 1818.

constituent les éléments de sa défense, ils ne peuvent être saisis. Ne serait-il pas contradictoire que le juge reconnût, d'une part, le droit du défenseur de garder le silence et pût, d'un autre côté, fouiller et saisir ses papiers. Si en s'abstenant de l'interroger il maintient les droits de la défense, ne les enfreindrait-il pas par des perquisitions ? Il est évident que le principe qui soustrait l'avocat à l'obligation du témoignage ne peut être restreint au témoignage de sa parole, il est évident que son cabinet doit être à l'abri des recherches qui auraient pour objet d'y découvrir les indices ou les preuves des délits imputés à ses clients. »

Cette opinion est également soutenue par Boucher d'Argis (1) et Morin (2). Elle a été reproduite par Garsonnet (3) auteur d'après lequel il ne serait permis ni au Parquet, ni à la police de faire des perquisitions dans le cabinet d'un avocat qui ne serait pas lui-même inculpé comme auteur principal ou complice.

Ainsi donnée, la solution de cette très délicate question nous semble beaucoup trop absolue. Une distinction nous paraît nécessaire.

Pour assurer la bonne administration de la justice, deux conditions sont indispensables. Il importe d'une part qu'aucune entrave ne soit apportée à la recherche de la vérité, d'autre part, que la liberté de la défense soit complète.

La recherche de la vérité est confiée principalement au juge d'instruction qui tient des articles 87 et suivants du Code d'Instruction Criminelle le droit de faire des perquisi-

(1) D'après Boucher d'Argis le cabinet de l'avocat est un asile sacré dans lequel un huissier ne saurait s'introduire. Il cite à l'appui de sa thèse un arrêt du 7 septembre 1742.

(2) Discipline judiciaire t. 1. n° 121. p. 125.

(3) Traité de procédure p. 404.

tions et de saisir tous les effets ou documents qui lui paraissent de nature à servir à la manifestation de la vérité, non seulement au domicile du prévenu, mais à tous autres lieux. Les dispositions de la loi, à cet égard, sont générales, absolues et ne comportent aucune exception. Notre législation moderne ne connaît pas les lieux d'asile (1).

D'autre part, le prévenu doit pouvoir se défendre librement, soit par lui-même, soit par l'organe d'un conseil de son choix qui doit avoir la même liberté que son client. Quand le prévenu a confié ses intérêts à un tiers, il faut nécessairement pour que la défense soit libre, qu'il puisse faire toutes ses confidences à son défenseur sans qu'elles soient divulguées. Ce sont ces considérations, ainsi que les dispositions de l'article 378 du Code Pénal, qui ne permettent pas qu'un avocat puisse être appelé à témoigner en justice de ce qu'il ne sait que par les confidences de son client.

Des considérations qui précèdent, il résulte que le juge d'instruction ne peut saisir une lettre écrite par le prévenu à son défenseur. C'est ce qui a été justement décidé par l'arrêt de la Cour de Cassation, en date du 12 mars 1886, que nous avons précédemment indiqué. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une lettre écrite par un détenu à son avocat et communiquée par le gardien chef au juge d'instruction qui l'avait envoyée à son destinataire après en avoir pris une copie annexée à la procédure.

« Attendu, dit cet arrêt, que le principe de la libre défense domine la procédure criminelle, qu'il commande d'affranchir

(1) A l'égard des perquisitions dans un établissement universitaire le décret du 15 novembre 1811 a exigé des garanties particulières, de même un décret de l'Assemblée Constituante a proclamé l'inviolabilité de l'hôtel d'un ambassadeur.

de toute entrave les communications des accusés avec leur conseil, qu'il est interdit à ces derniers, sous les peines portées par l'article 378 du Code Pénal, de révéler les secrets qui leur ont été confiés et qu'ils sont même dispensés d'en déposer comme témoins devant les Tribunaux, qu'il suit de là qu'il n'est point permis de saisir dans leur domicile les papiers et lettres missives qu'ils ont reçues de leurs clients et que, par une conséquence nécessaire, il n'est pas permis de saisir, avant qu'elles leur soient parvenues, les lettres qui leur sont envoyées puisqu'elles commencent la communication qui doit être respectée et portent la confiance qui doit être sacrée ; attendu, en fait, qu'après avoir avoué le crime dans ses interrogatoires, le demandeur avait renouvelé cet aveu dans une lettre écrite à son avocat qu'il priait de l'assister devant la Cour d'Assises et auquel il annonçait l'envoi d'un mémoire contenant les détails de l'affaire, que cette lettre avait donc le caractère confidentiel, d'une communication faite par un accusé à son défenseur. »

De cet arrêt et surtout des mots : « papiers et lettres-missives », le Conseil de l'ordre a conclu que la prohibition de saisie s'appliquait à tous les dépôts, sans distinction aucune, faits par un client à un avocat. Cette conséquence nous paraît exagérée. Remarquons que les mots « les papiers » joints aux mots « lettres missives » sont absolument inutiles dans l'espèce, puisque dans l'affaire soumise à la Cour, il ne s'agissait que d'une lettre écrite par un accusé à son défenseur. De plus des termes du rapport et de l'ensemble même de l'arrêt, il paraît résulter qu'ils ont une signification restreinte et que la Cour a eu en vue, non pas tous dépôts, mais seulement les communications confidentielles. Pour justifier sa décision, la Cour suprême s'exprime en effet ainsi : « Attendu que cette lettre avait donc le

caractère confidentiel d'une communication faite par un accusé à son défenseur. De cet arrêt, nous sommes donc autorisés à conclure que, dans la jurisprudence de 1886, la prohibition de saisie ne s'applique qu'aux communications confidentielles et que dans les autres cas le droit commun doit reprendre son empire (1).

La première partie de cette distinction ressort en effet fort clairement de l'arrêt. Les confidences faites par un prévenu à son défenseur sont inviolables, qu'elles aient lieu oralement ou par écrit. Le juge d'instruction qui ne peut exiger de l'inculpé une confidence ne saurait avoir un droit plus étendu à l'égard de son avocat, il ne peut en conséquence, demander à ce dernier de révéler les déclarations de son client, que celles-ci soient orales ou écrites.

Mais si vis-à-vis de pareilles confidences nous refusons au juge le droit de saisie et si nous déclarons le cabinet de l'avocat inviolable, il nous semble impossible d'aller plus loin. Il n'en sera plus de même, selon nous, des papiers qui n'ont pas ce caractère confidentiel que nous avons établi, qui ne sont pas l'œuvre de l'accusé, qui n'ont pas pour but de remplacer une conversation avec l'avocat. Ces papiers seront, par exemple, des pièces d'affaires destinées à être livrées à la publicité de l'audience, une police d'assurance, un acte de reconnaissance de dette, comme dans l'affaire que nous avons relatée. Ces papiers peuvent être saisis au domicile du prévenu ou dans tout autre lieu, même chez l'avocat, dès qu'ils constatent des faits dont la connaissance est utile à la manifestation de la vérité. Cette saisie ne viole pas la liberté de la défense et pourvu que l'avocat ne soit pas tenu d'en révé-

(1) Le mot papiers écrit dans l'énumération faite par M. Faustin Hélie s'est retrouvé sous la plume du rédacteur de l'arrêt, alors qu'il s'agissait dans l'espèce d'une seule lettre missive.

ler l'existence, de dire dans quelles circonstances le dépôt lui en a été confié, l'article 378 ne nous semble pas enfreint.

La thèse contraire serait au surplus pleine de dangers, car elle permettrait aux prévenus de dissimuler les preuves de leur culpabilité ou même de l'innocence d'autres personnes injustement poursuivies. Cette hypothèse sera évidemment des plus rares, les sentiments d'honneur qui animent tous les membres du barreau la rendent presque invraisemblable ; mais il suffit qu'elle soit possible pour que nous examinions les dangers de la théorie que nous combattons. Le défenseur de D.... était sans doute un de ces avocats, dont l'honorabilité et l'honnêteté, bien au dessus de tout soupçon, ne sauraient même être l'objet d'un doute. Mais toute corporation, quelque honorable qu'elle soit, peut renfermer dans son sein une personnalité à la conscience large, pouvant se targuer, dans un but suspect, de prétendus devoirs professionnels. Qui nous dit, dès lors, qu'il ne peut pas se trouver un avocat se faisant le dépositaire de pièces compromettantes, des seules preuves de la culpabilité d'un accusé. Supposons un faussaire qui a déposé chez un avocat les livres de commerce qu'il a falsifiés et qui pourra dès lors venir dire à la justice : « Je suis un criminel, c'est possible ; mais faites m'en la preuve, montrez-moi les pièces que j'ai pu falsifier ». La justice, en ce cas, devra-t-elle s'arrêter impuissante au seuil du cabinet de l'avocat comme d'un nouveau lieu d'asile ? Une telle conséquence serait inadmissible et si rare que puisse être la réalisation d'une semblable hypothèse, il suffit de l'envisager pour reconnaître les périls de la thèse de l'inviolabilité absolue protégeant le cabinet des membres du barreau.

Remarquons encore que la saisie est le seul moyen donné à la justice pour se procurer des pièces dont un avocat peut être détenteur. Cet avocat, en effet, ne pourrait sans violer son

devoir professionnel, sans commettre, en somme, un véritable abus de confiance, remettre à un juge d'instruction des documents que celui-ci lui réclamerait par la voie amiable. Cette conséquence certaine du but de la communication faite par un client à son avocat a été nettement exposée dans la délibération du Conseil de l'ordre de Nancy du 15 mars 1892. Le Conseil examinait précisément la question de savoir si M^e Lévy ne s'était pas prêté à la perquisition et n'avait pas délivré trop facilement les pièces qui lui avaient été remises (1).

Nous concluerons donc de tout ce qui précède que l'on peut saisir au domicile du défenseur *toute pièce autre que les lettres, notes, mémoires, de l'accusé remis à l'avocat pour les besoins de sa défense.*

Cette solution est celle qui a été consacrée par la majorité de la doctrine.

On conçoit très bien, dit M. Duverger (2) que l'on ne puisse obliger l'avocat ou l'avoué à dévoiler ce qu'on ne pourrait forcer le prévenu à dire à la justice. Le secret confié au défenseur est inviolable par la force des choses. Mais des papiers ou des pièces à conviction pourraient être enlevés à un prévenu malgré lui, quelque part qu'il les eut placés, il peut se faire, c'est son droit, il ne peut prétendre soustraire à la justice, en vertu d'un droit, ni sa personne, ni ses papiers, ni quoi que ce soit lui appartenant, il n'y a pas de lieu d'asile pour les personnes, il ne peut y en avoir pour les documents compromettants.

M. Dalloz (3) combat également à propos d'actes déposés

(1) Conf. Cassation 6 mars 1816 et 11 juin 1833.

(2) Manuel du juge d'instruction t. I^{er} p. 438.

(3) Rép. V^o Instruction criminelle n^o 359.

chez un notaire l'assimilation faite par M. Faustin Hélie entre un dépôt de papiers et une confidence de vive voix.

A l'opinion de ces auteurs nous ajouterons encore celle d'un avocat, M^e Cresson (1), ancien bâtonnier, qui s'exprime en ces termes : « Le cabinet de l'avocat ne pourrait devenir un asile contre les investigations de la justice criminelle, la poursuite a le droit d'y faire une saisie, mais la perquisition doit être alors ordonnée légalement et pratiquée avec les convenances qu'impose le respect des secrets dont l'avocat est dépositaire », et encore, « il ne faut pas aller plus loin et dire que la justice ne peut pas saisir chez l'avocat les éléments matériels de la preuve des délits commis par son client, alors que ces éléments se trouvent en dehors des lettres qu'il a adressés pour sa défense à son avocat. »

Citons encore dans le même sens : Vallet et Montagnon. (Manuel des magistrats du parquet t. 2 n^o 2 à 5) et (Lepoittevin. Manuel des parquets. V^o Avocat p. 218). Enfin un arrêt de la Cour de Bruxelles, en date du 22 mars 1837, est conçu dans le même esprit.

Tels sont, à notre avis, les principes qui doivent être appliqués en cette délicate matière. Ont-ils été véritablement suivis lors de la perquisition ordonnée chez M^e Levy ? Après le long examen que nous venons de faire, la réponse sera facile. A notre sens, la commission rogatoire adressée par le juge d'instruction de Saint Dié à son collègue de Nancy manquait de précision, le mandat donné était trop large. Si le magistrat agissait dans la plénitude de son droit quand il requérait la saisie d'une police d'assurance, d'une lettre de la Compagnie et d'un acte de reconnaissance de dette, il dépassait les bornes de ses pouvoirs en comprenant

(1) Op. cit. t. 1. p. 269.

aussi dans cette saisie : toutes lettres de N... de Gérardmer, mandataire de D... Il aurait dû, à leur propos, faire une distinction et excepter de la saisie les lettres qui pouvaient avoir été écrites à M^e Lévy et relatives à la défense de son client.

Une commission rogatoire ainsi conçue eut été, il nous semble, à l'abri de toute critique.

Remarquons, en terminant, que ce n'est pas seulement quand elles sont déposées dans le cabinet de l'avocat que les lettres confidentielles écrites à celui-ci par un client sont inviolables. Cette inviolabilité subsiste en tout état de cause et notamment, aux termes de l'arrêt du 12 mars 1886 cité plus haut, « avant que les lettres ne soient parvenues à leur destinataire ».

Section IV. — Expertise

Un confident nécessaire peut être chargé d'examiner comme expert des faits que son devoir l'oblige à tenir secrets. Dans cette hypothèse, il devra refuser la mission qu'on lui propose, car, en l'acceptant, il serait exposé à trahir le secret professionnel; sa conduite devra donc être la même, que s'il était appelé à fournir son témoignage.

Il est vrai que la jurisprudence (1), soutenue par un certain nombre d'auteurs (2), admet que toute personne désignée comme expert et qui refuserait son concours à la justice sans faire agréer de légitimes motifs d'excuse serait passible des dispositions de l'article 475, paragraphe 12 du Code pénal ou de l'article 80 du Code d'Instruction Criminelle. Cette ap-

(1) C. 6. août 1836.

(2) Morin, Dict. de droit crim. V^e Expertise p. 57 n^o 2.

préciation nous semble erronée, tout expert pouvant décliner la mission que la justice veut lui donner, mais fut-elle exacte, nous estimons que le dépositaire de secrets devrait se laisser infliger les peines des articles 475 ou 80 plutôt que de s'exposer à violer le secret professionnel.

Bien que l'examen de cette jurisprudence ne rentre pas dans le cadre de notre étude, disons cependant qu'elle manque d'une base solide.

Aucun texte ne rend obligatoires les fonctions d'expert et la diversité des sanctions qu'on voudrait établir suffit à le démontrer. On ne peut d'ailleurs comparer raisonnablement l'expert au témoin pour lui faire application de l'article 80 du Code d'Instruction Criminelle. D'autre part, nous avons déjà examiné les conditions d'application de l'article 475 n° 12. Nous avons vu qu'il exige un concours matériel et immédiat de la part des citoyens. Rien dans les fonctions de l'expert ne rappelle les circonstances que le législateur a prévues.

Mais une autre question se présente beaucoup plus importante, à notre point de vue, que la précédente. Il s'agit non plus à proprement parler du secret professionnel de l'article 378, mais du secret auquel est tenu l'homme de l'art, spécialement le médecin, qui a accepté les fonctions d'expert judiciaire. Cette obligation du secret, bien qu'elle diffère sur certains points de l'obligation imposée par l'article 378, touche de trop près à notre sujet pour ne pas faire l'objet d'un rapide examen.

D'après le Code d'Instruction Criminelle, tous les actes de l'instruction sont secrets. Il en résulte que l'expert doit garder le silence sur les faits qu'il a connus ou découverts au cours de ses opérations. Ce n'est qu'au magistrat seul qu'il doit faire connaître le résultat de ses recherches et observations.

Le docteur Brouardel, le savant professeur de médecine légale aux lumières duquel le Parquet a toujours recouru dans les expertises délicates et difficiles, expose ainsi à ses confrères les conséquences de la législation actuellement en vigueur (1). « Pendant l'instruction, l'expert ne doit répondre « ni aux interrogations intéressées des parents de l'inculpé ou « de la victime ni à celles des avocats. Il doit surtout s'abstenir « par des confidences indiscretes de chercher à satisfaire la « curiosité du public toujours avide de connaître les mystères de l'instruction judiciaire ».

Nous ne pouvons qu'approuver ces conseils dictés par la science et l'expérience. Pourquoi faut-il que M. le docteur Brouardel lui-même, se soit mis en contradiction avec eux et qu'il ait prouvé tout récemment qu'il est souvent difficile de mettre en pratique d'excellentes théories ? Lui qui a préconisé avec grande raison, dans ses remarquables écrits, la règle : le secret partout et toujours, qui s'est réjoui de voir la jurisprudence exiger du confident un silence de plus en plus complet (2), vient dans des circonstances retentissantes, présentes encore à toutes les mémoires, de se mettre en contradiction avec les règles si sages qu'il avait lui-même formulées.

L'opinion publique a montré trop de curiosité et même de passion à propos de ces incidents, pour que nous ne les rappellions pas, le plus brièvement d'ailleurs qu'il nous sera possible.

Le docteur Cornélius Herz, compromis dans les affaires de Panama qui ont eu leur dénouement devant la Cour d'Appel de Paris et la Cour d'assises de la Seine, avait pu échap-

(1) BROUARDEL, Op. cit. p. 132.

(2) BROUARDEL, op. cit. p. 49.

per aux recherches de la justice et s'était réfugié en Angleterre dans le courant du mois de décembre 1892. Les autres prévenus ou accusés furent jugés et l'extradition du contumace fut demandée à l'Angleterre par les autorités françaises. Pendant que la procédure suivait son cours, Cornélius Herz tomba gravement malade et à toutes les demandes faites par le Gouvernement français, il fut répondu que l'état du malade s'opposait à son transport. Cette situation se prolongea et une partie de la presse accusa violemment le ministère de ne pas vouloir sérieusement l'extradition de l'inculpé ou de se laisser jouer par une comédie habilement machinée.

Pour répondre à ces invraisemblables accusations, qui avaient fini par émouvoir l'opinion publique, deux experts furent envoyés à Bournemouth, refuge du prévenu, avec mission d'examiner Cornélius Herz et de décider si son transfert était ou non possible. Ils avaient été choisis parmi ceux que leur science et leur dignité professionnelle mettaient au dessus de tout soupçon. Les docteurs Brouardel et Charcot partirent le 26 juin 1893. Ils trouvèrent, paraît-il, le malade dans un état de santé qui excluait toute idée de retour en France et aucune suite immédiate ne fut donnée à la demande d'extradition.

Mais l'affaire continuait à passionner le public, certains journaux attaquaient maintenant les deux experts, les accusant de s'être laissé tromper ou d'avoir été des complaisants intéressés, insinuations ridicules que la passion politique ne saurait faire excuser. Ce fut dans ces circonstances que le docteur Brouardel fit publier par le journal "Le Figaro" (N° du 5 octobre 1893) le résultat complet des observations qu'il avait recueillies à Bournemouth. Ce journal reproduisit sous la forme d'un article émanant d'un de ses rédac-

teurs toutes les conclusions du rapport des experts. Il décrivait, d'une façon très précise, tous les symptômes de la maladie, la manière dont elle avait débuté et le cours qu'elle avait suivi. Aucun détail n'était négligé. Le docteur Brouardel ne se contentait pas de dire que Cornélius Herz souffrait d'une aortite aigue, compliquée de diabète et d'albumine, mais il prévoyait un dénouement fatal à très bref délai.

Le docteur Brouardel perdit de vue à ce moment les devoirs qu'il avait lui-même tracés ; devant les attaques violentes et injustes dont il était l'objet, il ne se souvenait plus que le silence est la première règle qui s'impose au médecin aussi bien qu'à l'expert.

Mais ces révélations ne devaient pas s'arrêter là. Au mois d'octobre 1893, la procédure d'extradition étant toujours en suspens, le docteur Brouardel, accompagné du docteur Dieulafoy, fut de nouveau envoyé à Bournemouth pour se prononcer sur l'état de santé de Cornélius Herz. Les médecins rédigèrent un rapport qu'ils présentèrent à l'Académie de médecine, le 7 novembre. Mais quand le docteur Dieulafoy voulut commencer sa lecture, des protestations énergiques s'élevèrent de tous les bancs de l'Académie et il dut descendre de la Tribune. Devant cette résistance le docteur Brouardel prit à son tour la parole. L'Académie, dit-il en substance, a été instituée pour discuter les questions d'hygiène et de médecine légale. Notre rapport touche à la médecine légale. Le Président du Conseil a cru qu'il y avait un intérêt d'ordre médical à ce que cette communication fut faite devant l'Académie. Vous en jugez autrement. Dans cette question, nous serons les seuls qui n'auront pas voulu examiner loyalement, au grand jour, une question d'ordre essentiellement médical qui passionne l'opinion publique. Devant l'attitude de l'Académie, de concert

avec mon collègue, nous déclarons retirer notre rapport.

D'après le docteur Brouardel, l'intérêt de la science aurait été suffisant pour faire fléchir l'obligation du secret. Cette raison ne nous semble pas décisive et il nous sera facile de le prouver en invoquant l'opinion de M. le docteur Brouardel lui-même. « La loi du silence, écrivait-il en 1887 (1), pèse sur
« l'expert jusqu'au moment où un jugement non susceptible
« d'appel ou de cassation est devenu définitif. Alors il peut
« faire connaître, s'il le juge utile à la science, les parties
« médico-légales du procès auquel il a pris part comme
« expert ».

Nous croyons que la véritable ligne de conduite du médecin expert est indiquée dans ces lignes. Sans doute la connaissance de certaines observations médico-légales peut être utile à la science, mais la révélation ne peut en être faite avant le règlement définitif de l'affaire qui a donné lieu à l'expertise. Le docteur Brouardel ne saurait donc invoquer l'intérêt scientifique, car, lors de la séance de l'Académie de médecine, aucun jugement, même par défaut, n'avait été rendu et l'instruction suivie contre Cornélius Herz était encore ouverte.

L'expert pouvait-il invoquer d'autres justifications ? Nous en sommes réduits à des suppositions, car la presse médicale presque tout entière, sans doute en raison de la haute personnalité des médecins mis en cause, a gardé un silence complet. Quelques uns de ses organes seulement ont relaté l'incident de l'Académie, mais sans le faire suivre de commentaires d'aucune sorte. Nous trouvons cependant, dans un journal politique, un résumé rapide des explications que fournissait le docteur Brouardel à ses collègues après la séance.

(1) Op. cit. p. 132.

Je ne comprends pas, a-t-il dit, le refus de l'Académie d'entendre aujourd'hui la communication d'un rapport afférent à une question de médecine légale, alors qu'à diverses reprises déjà, en 1882 et en 1884 notamment, époque où j'ai entretenu la compagnie de mon rapport sur le choléra en Espagne, elle a été saisie, sans protester, de communications tout aussi officielles. L'Académie était dans son rôle en écoutant et en discutant la question médico-légale.

Cette explication, en somme, n'en est pas une. Le docteur Brouardel, en 1882 et 1884, avait été chargé d'une mission scientifique dont il devait, à n'en pas douter, faire connaître les résultats au monde médical; la mission judiciaire qu'il remplissait en 1893 avait un tout autre caractère et impliquait au contraire l'obligation du silence. Cette circonstance, à nos yeux, explique seul l'accueil si différent fait aux rapports officiels du docteur Brouardel.

L'Académie, ajoutait-il, s'est elle refusée à la communication à cause du secret médical. En ce qui concerne la question du secret professionnel, je déclare que si cette question a pu nous arrêter, Charcot et moi, lors de notre première mission auprès de Cornélius Herz, il n'en est plus ainsi à l'heure actuelle. Dans notre premier rapport, mon collègue et moi nous avons émis un pronostic qui pouvait troubler l'âme d'un malade, mais depuis tout danger immédiat est écarté. Le malade est en voie d'amélioration, il est si bien au courant de ce que nous faisons que nous l'avons trouvé corrigeant des épreuves de journaux dans lesquels étaient relatés des faits que nous avons eu scrupule de divulguer.

Remarquons d'abord que le docteur Brouardel condamne lui-même les révélations qu'il a faites sur la maladie de Cornélius Herz dans *le Figaro* du 5 octobre 1893. Il recon-

naît, qu'à cette époque, le silence lui était imposé, non seulement comme expert, mais encore comme médecin. Mais si le secret professionnel existait lors de la première mission, comment a-t-il pu disparaître ? La guérison, l'amélioration de l'état de santé d'un malade, relèvera-t-elle le confident de son secret professionnel.

Le docteur Brouardel aurait pu aussi, pour expliquer la lecture de son rapport à l'Académie de Médecine, arguer de ce que cette lecture avait été autorisée par le Président du Conseil. Mais le ministre lui même ne nous semble pas avoir eu qualité pour permettre la divulgation des secrets d'une instruction judiciaire et en tout cas son approbation ne justifierait que les révélations faites devant l'Académie et non pas celles faites à un organe de la presse en Octobre 1893.

Nous avons examiné longuement le secret de l'expert, tant en raison de l'intérêt que des questions nouvelles qu'il présente. Nous terminerons cette étude en constatant combien est délicat et souvent difficile le rôle d'un dépositaire de secrets. Il nous en a coûté de ne pas approuver l'attitude professionnelle d'un de ceux qui honorent le plus la science française, d'un des savants dont nous avons été maintes fois heureux, avec tous les auteurs, d'invoquer la haute raison et la légitime autorité. Ce pénible incident est la meilleure preuve que la règle du secret absolu s'impose impérieusement à tous les confidents nécessaires et qu'elle ne doit jamais fléchir devant des considérations d'aucune sorte sous peine de donner lieu tout au moins à de vives controverses.

TROISIÈME PARTIE

DES PERSONNES SOUMISES A L'OBLIGATION DU SECRET

L'article 378 ne nous indique pas toutes les personnes astreintes au secret professionnel. Il ne parle d'une façon expresse que des médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que des pharmaciens et des sages femmes, et se contente de leur assimiler toutes autres personnes dépositaires par état ou profession des secrets qu'on leur confie. Une énumération complète de toutes les personnes tenues au secret professionnel aurait peut-être été difficile et incomplète, il est regrettable cependant que le législateur ne l'ait pas tentée, car c'est une grave imperfection que d'abandonner aux incertitudes de l'appréciation l'un des caractères essentiels d'un délit. « *Optima lex quae minimum relinquit arbitrio judicis,* » écrivait Bacon et Thiers traduisait cette idée en disant : « le Code Pénal est fouet par un bout, sifflet par l'autre. »

Il nous faut donc maintenant dresser la liste sinon de toutes, du moins des plus importantes professions dont l'exercice peut donner naissance à l'obligation du secret.-Nous examinerons en même temps un certain nombre de questions spéciales à chacune d'elles.

CHAPITRE PREMIER

DES PROFESSIONS DÉSIGNÉES PAR L'ARTICLE 378

Du secret médical

Le Code impose le secret professionnel aux personnes pratiquant l'art de guérir, médecins, chirurgiens, pharmaciens et sages-femmes. Le secret médical a une importance toute particulière. Le médecin, à raison de ses fonctions, doit être, plus que tout autre dépositaire de secrets, tenu à un silence complet et absolu. Cette nécessité a été reconnue depuis longtemps, et l'obligation du médecin en même temps qu'elle est la plus stricte et la moins discutable est aussi la plus ancienne. Sans doute le secret médical ne remonte dans nos lois qu'à 1810 en tant qu'obligation légale, mais comme obligation professionnelle il existe depuis la plus haute antiquité.

Hippocrate faisait prêter à ses disciples un serment où nous relevons le passage suivant : Je jure par Apollon, médecin, par Esculape, par Hygié et Panacée, je prends à témoins tous les dieux et toutes les déesses d'accomplir fidèlement, autant qu'il dépendra de mon pouvoir et de mon intelligence, ce serment et cet engagement écrit. Les choses que je verrai ou que j'entendrai dire dans l'exercice de mon art ou hors de mes fonctions, dans le commerce des hommes, et qui ne devront pas être divulguées, je les tairai, les regar-

dant comme des secrets inviolables. Si j'accomplis fidèlement mon serment, si je ne faillis point, puissé-je passer des jours heureux, recueillir les fruits de mon art et vivre honoré de tous les hommes et de la postérité la plus reculée ; mais si je viole mon serment, si je me parjure, que tout le contraire m'arrive.

Nous ne savons si les préceptes d'Hippocrate furent sanctionnés par le droit romain. On a invoqué pour ou contre l'existence du secret médical des textes qui nous paraissent absolument étrangers à la question (1). Un fragment de Cicéron, rapporté par Max Simon dans son traité de déontologie médicale, nous prouve du moins que le secret des médecins a été sinon consacré, du moins entrevu par les jurisconsultes romains. « *Medici qui thalamos et tecta aliena subeunt multa tegere debent etiam læsi, quamvis sit difficile tacere quum doleas* ».

Dans notre Ancien Droit les médecins étaient tenus de garder le silence sur les faits confidentiels et malgré l'absence de textes spéciaux, les Tribunaux condamnèrent à plusieurs reprises des médecins coupables d'avoir trahi le secret de leurs malades (2). Ceux-ci s'imposaient d'ailleurs à eux-mêmes le devoir de discrétion. Jusqu'à la loi du 19 ventôse an XI la Faculté de Montpellier faisait prêter à tout jeune docteur le serment d'Hippocrate ; la Faculté de Paris était fidèle aux mêmes principes : *Ægrorum arcana, visa, audita, intellecta, eliminat nemo.* (art. 77. des statuts). De même la Compagnie des chirurgiens dans son règlement de 1699 consacrait les mêmes règles (art. 118). Vous jurez de garder le

(1) G. Code. XII. 36. — ULPEN. 41. Dig. IX. 2 et 1 § 38. XVI. 3.

(2) Arrêt du Parlement de Paris du 25 septembre 1600 ; sentence du bailliage d'Evreux du 14 août 1767, confirmée par un arrêt du Parlement de Rouen le 8 novembre de la même année.

secret dans les choses de votre art qui vous seront confiées.

Remarquons toutefois que le secret professionnel était loin d'avoir une portée aussi absolue que dans nos lois actuelles. Nous avons vu que des ordonnances royales, renouvelées à différentes reprises, imposaient la dénonciation aux dépositaires de secrets, en particulier aux médecins, et que ceux-ci obéissaient sans élever de protestations.

L'article 378 est venu donner un corps aux traditions de l'Ancien Droit et frapper les révélations indiscrètes. Les sentiments d'honneur et de dignité qui animent les membres de corps médical rendent heureusement fort rares ces indiscretions. Les médecins, loin de contrevenir à la loi, se montrent souvent plus sévères qu'elle. Il nous suffira de citer l'exemple de Laennec qui poussait le devoir de discrétion si loin qu'il faisait ses observations à ses élèves en latin et qu'il exigeait que ceux-ci lui répondissent dans la même langue.

Nous avons vu, dans notre première partie, les principes généraux applicables au secret médical, il nous reste maintenant à aborder l'étude de questions spéciales et d'un certain nombre d'hypothèses où l'article 378 paraît en conflit avec d'autres dispositions légales.

Médecins militaires

L'étude du secret professionnel des médecins militaires donne lieu à des appréciations très délicates. La situation particulière de ce médecin lui impose en effet des devoirs souvent contradictoires. Il n'est pas seulement chargé de donner ses soins aux soldats malades, il est un expert au service de l'autorité militaire et comme tel il doit renseigner le commandement sur l'aptitude physique et l'état de santé des

cons crits ou des soldats. Comment concilier ces diverses obligations? La question présente un grand intérêt pratique, aujourd'hui que l'armée n'est plus une classe dans le pays et appelle à elle tous les Français.

Nous aurons malheureusement à constater que l'autorité militaire a pris peu de soin d'assurer aux soldats la garantie du secret médical. Sans doute, on comprend que, quand le service et la discipline l'exigent, le médecin militaire soit tenu de rendre compte à l'autorité supérieure des maladies des officiers et des soldats, mais il est bien des circonstances où une telle révélation ne présentant aucun caractère d'utilité, il serait désirable de la supprimer ou tout au moins de la restreindre.

Les médecins militaires sont appelés à prêter leur ministère dans diverses hypothèses. Ils sont adjoints aux Conseils de révision et chargés d'examiner l'aptitude physique des conscrits. Il est certain que, dans ce cas, ils doivent faire connaître aux membres du Conseil le résultat de leurs observations. Si le secret médical était ici en cause il devrait céder devant la force même des choses. Mais il ne saurait exister, car nous sommes en présence non pas d'un médecin, mais plutôt d'un expert. Mais les déclarations des médecins devraient être connues des seules personnes auxquelles elles sont nécessaires, c'est-à-dire des seuls membres du Conseil de révision. Rien ne devrait en transpirer dans le public. Il semble que la circulaire du 23 mars 1890 (Journal officiel du 11 avril 1890), s'est inspirée de cette pensée. Cette circulaire apporte, en effet, une exception au principe de la publicité des séances, en décidant, pour des raisons qui sont trop claires pour avoir besoin d'un développement, que la visite des conscrits sera faite à huis clos, en présence du Conseil tout entier. En réalité cette garantie est absolument illusoire,

le Conseil publie un procès-verbal de ses séances et ce document non seulement mentionne la décision intervenue vis-à-vis de chaque conscrit, mais encore l'avis motivé du médecin militaire. Cette manière de procéder, outre qu'elle entraîne de graves inconvénients, est d'une utilité contestable. Seuls les membres du Conseil ont besoin de connaître l'état physique des recrues. A quoi bon satisfaire la vaine curiosité du public. Il suffirait pour le règlement des contestations et des réclamations ultérieures de mentionner sur une fiche spéciale, destinée à demeurer secrète, le motif de l'exemption ou de l'ajournement.

Vis à vis des soldats incorporés le médecin cesse d'être un expert au service du commandement pour exercer des fonctions purement médicales. Il semblerait dès lors que le soldat devrait pouvoir compter sur sa discrétion, d'autant plus qu'il est obligé d'avoir recours aux soins du médecin de son régiment et qu'il ne lui est pas possible de choisir un autre praticien. Il n'en est cependant rien et le secret médical disparaît presque complètement.

Jusqu'à ces dernières années pourtant, l'autorité militaire avait au moins en partie imposé à ses médecins les prescriptions de l'article 378 du Code Pénal. La question avait été tranchée par une décision ministérielle du 4 avril 1845 qu'il nous suffira de reproduire pour donner une idée suffisante des obligations des médecins militaires. « Lorsque les officiers « sont malades à la chambre, un des officiers de santé est « chargé de les voir et de rendre compte de leur état au « Lieutenant Colonel ; le Ministre de la Guerre, consulté sur « la question de savoir si l'officier de santé doit, en rendant « compte de l'état des officiers, faire connaître en même temps « la nature de leur maladie, a répondu que cette obligation « ne saurait être nullement imposée aux officiers de santé

« dont les fonctions purement médicales, d'après les règlements, se trouveraient par là dégénérer en un moyen supplémentaire de police ; en gardant le silence à ce sujet, ces officiers ne sont pas d'ailleurs mûs seulement par une honorable susceptibilité, ils ne font que se soumettre aux prescriptions de la loi. Article 378. »

Cette décision contenait une grave lacune, elle ne s'appliquait qu'aux officiers et ne reconnaissait pas au profit des soldats malades la même garantie. On pouvait du moins espérer qu'on la leur donnerait un jour ; mais l'événement n'a pas répondu à cette attente. Loin d'étendre le secret professionnel une décision ministérielle du 9 avril 1889 est venue le restreindre encore. « En vue de prévenir, dit-elle, le retour des difficultés auxquelles a donné lieu l'application de l'article 14 Infanterie, 15 cavalerie, de l'ordonnance de 1883, le Ministre croit devoir faire connaître quelle est la portée réelle des prescriptions contenues dans cet article. Quand un militaire, de quelque grade qu'il soit, s'adresse en dehors des relations de service au médecin d'un corps de troupe pour avoir son avis et ses soins dans un cas de maladie et que cette consultation n'amène aucun changement dans les obligations de ce militaire, au point de vue du service, le médecin militaire est tenu au secret envers lui, comme le serait un médecin civil. Mais dès que le médecin militaire reconnaît la nécessité, soit d'une exemption de service pour une maladie traitée à la chambre, soit d'un envoi à l'infirmerie ou à l'hôpital, il doit en rendre compte au chef de corps par un rapport officiel. Ce rapport est dégage de l'obligation au secret et doit exposer la vérité sans aucune restriction ; adressé au chef de corps sous pli cacheté, par exemple, pour exemption de service d'un officier traité à la chambre, il comprend la désignation de la na-

« ture de la maladie, comme le billet d'entrée à l'hôpital, au « sujet duquel il n'y a jamais eu de doute ni de difficulté. »

Sans doute, dans sa première partie, cette circulaire impose aux médecins militaires l'obligation du secret vis à vis des officiers et soldats, mais pour qu'il en soit ainsi, elle exige que la maladie n'amène aucun changement dans le service du militaire. En fait, le secret médical est à peu près complètement supprimé, car il sera bien rare que la maladie n'entraîne pas une cessation plus ou moins complète des obligations militaires.

S'il s'agit d'un officier, le médecin devra donc désigner la nature de la maladie et le rapport sera adressé sous pli cacheté au chef de corps. Peut-être toutefois est-ce à ce dernier que l'officier désirerait cacher avec le plus de soin le mal dont il souffre. Nous reconnaissons cependant qu'une telle pratique trouve une justification dans les nécessités du service et de la discipline militaire. Les révélations sont maintenues au strict nécessaire et les intérêts de l'officier, qui pourra compter sur la discrétion de son supérieur, seront en grande partie sauvegardés.

Mais il n'en est plus de même en ce qui concerne le soldat. A son égard aucune précaution n'est prise. Si son état de santé le force à demander un allègement de service, la nature de sa maladie sera aussitôt connue de tous ceux qui voudront bien ouvrir les yeux. Quand il se présentera à la visite, il sera examiné au milieu de tous ses camarades en présence desquels le médecin formulera son diagnostic et indiquera le traitement à suivre. Son nom sera porté sur le cahier de visite, que tout le monde peut consulter et à la suite le médecin inscrira le résultat de ses observations. Il serait pourtant bien facile, sans nuire en rien à la bonne exécution du service, de ménager la susceptibilité et les inté-

rêts du soldat. Il suffirait pour cela de ne transcrire sur les cahiers de visite que les simples renseignements administratifs. Les observations médicales seraient consignées sur un registre spécial dont les médecins seuls auraient la disposition (1).

Les pratiques actuelles ont surtout de sérieux inconvénients quand elles s'appliquent aux réservistes et aux territoriaux, tous habitants de la même région, souvent du même village et qui peuvent subir ainsi un préjudice irréparable. Il y a une dizaine d'années, une plainte fut formulée à ce sujet par des territoriaux. On en reconnut le bien fondé et on prescrivit aux médecins militaires de visiter à part les soldats de la réserve et de l'armée territoriale. Il est vrai que cette faveur a fort peu d'importance, car le cahier de visite est encore bien suffisant pour satisfaire la curiosité de ceux qui prennent la peine de le lire.

Le soldat peut encore être soumis à l'examen d'une commission de réforme. Mais ces commissions ne tiennent pas de séance publique; les motifs de leur décision ont donc toutes chances pour ne pas être divulgués.

En terminant, nous formulerons le désir de voir l'autorité militaire reconnaître que le médecin militaire est le confident de ceux qui s'adressent à lui et assurer aux soldats, autant que l'intérêt du service le permettra, la garantie du secret médical.

Déclarations de naissance

Le Code Civil, dans les articles 55 et suivants, impose à certaines personnes, parmi lesquelles il range les méde-

(1) Dans certains régiments cette pratique est, paraît-il en vigueur.

eins, chirurgiens et sages-femmes, l'obligation de faire à l'officier de l'Etat civil la déclaration des naissances auxquelles elles ont assisté.

Il a suivi sur ce point les errements de notre ancien droit qui exigeait déjà une déclaration des personnes ayant pratiqué un accouchement. Un célèbre médecin du XVIII^e siècle Jean Astruc s'exprimait ainsi. « Il faudrait, s'il se pouvait, que les sages-femmes oubliassent jusqu'au nom et la qualité des femmes qu'elles ont accouchées en secret. Du moins n'en doivent-elles jamais parler ni indirectement, ni directement. Elles doivent se souvenir qu'elles sont, à cet égard, comme des confesseurs ». Mais la loi positive ne s'était pas inspirée des considérations du praticien. Deux ordonnances, en date du 13 décembre 1698 et du 14 mai 1724 ordonnaient « aux sages-femmes et aux autres personnes qui assistent les femmes dans les accouchements, de dénoncer aux curés des localités la naissance des enfants ». Les conciles de Malines, en 1570 et 1607, avaient enjoint aux sages-femmes de faire la même déclaration aux curés de leur paroisse.

Remarquons qu'à cette époque, la loi ne se préoccupait que de permettre dans tous les cas le baptême de l'enfant nouveau-né. De plus la déclaration des naissances n'était demandée qu'aux sages-femmes. Jusqu'au XVII^e siècle, celles-ci pratiquaient seules les accouchements ; les mœurs interdisaient aux médecins de soigner les femmes en couches. Aux dires de Larousse, ce fut Mlle de la Vallière qui, la première, eut recours pour sa délivrance aux soins d'un médecin et cette pratique ne tarda pas à se généraliser.

Aujourd'hui la loi veut assurer un état civil à tout nouveau-né et dans l'article 346 du Code Pénal elle établit la sanction pénale des règles posées dans les articles 55 et suivants du Code pénal.

Article 346. Toute personne qui ayant assisté à un accouchement n'aura pas fait la déclaration à elle prescrite par l'article 55 du Code civil et dans les délais fixés par l'article 56 du même Code sera puni d'un emprisonnement de 6 jours à six mois et d'une amende de 16 francs à 300 francs.

Ces articles 55 et 56 du Code civil sont ainsi conçus :

Article 55. Les déclarations de naissance seront faites dans les trois jours de l'accouchement à l'officier de l'état civil du lieu. L'enfant lui sera présenté.

Article 56. La naissance de l'enfant sera déclarée par le père, ou à défaut du père, par les docteurs en médecine et en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement et lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile par la personne chez qui elle sera accouchée. L'acte de naissance sera rédigé de suite en présence de deux témoins.

Des auteurs et des arrêts déjà anciens n'ont pas craint d'étendre à d'autres hypothèses la sanction de l'article 346, prétendant, notamment, que le médecin était tenu, sous peine de contrevenir à la loi pénale, d'obéir également aux prescriptions de l'article 57 du Code civil.

Article 57. L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant et les prénoms qui lui seront donnés, les prénoms, noms, profession et domicile des père et mère, et ceux des témoins.

Cette théorie aboutit à refuser la garantie du secret professionnel aux femmes en couches, c'est-à-dire à celles qui bien souvent auraient le plus d'intérêt à invoquer la discrétion de celui qui leur a donné des soins. Si une femme coupable ne peut se confier à un médecin ou à une sage-femme sans s'exposer à voir dévoiler sa faute, n'est-il pas à craindre qu'elle ne songe à en faire disparaître les traces au moyen d'un

crime ? Cette considération seule serait suffisante pour nous décider à repousser la doctrine que nous venons d'exposer.

Mais nous pouvons invoquer contre elle un argument de droit qui s'applique à toutes les personnes visées par l'article 56. La loi dit : Article 346. Toute personne qui ayant assisté à un accouchement n'aura pas fait la déclaration à elle prescrite par l'article 56 du Code Civil et dans les délais fixés par l'article 55 du même Code sera punie... Ce que la loi punit, c'est seulement l'infraction aux prescriptions de l'article 56 qui ordonne à certaines personnes de déclarer la naissance. Le non accomplissement des formalités exigées par l'article 57 ne saurait entraîner l'application des peines de l'article 346. Le principe d'interprétation restrictive qui domine tout notre droit pénal laisse sans sanction l'article 57 du Code Civil.

Nous admettrons donc que l'accoucheur aura satisfait au vœu de la loi civile lorsqu'il se sera présenté devant l'officier de l'état civil du lieu de la naissance et qu'il lui aura dit : « J'ai donné mes soins à une femme en couches. Cette femme vient de mettre au monde un enfant. » Mais il ne devra pas aller plus loin. Il devra taire soigneusement le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les noms et prénoms de celui-ci et ceux du père et de la mère. Ce silence ne sera pas une simple faculté, il s'imposera au médecin et à la sage-femme qui, en le rompant, violeraient l'article 378. Une poursuite intentée dans ces conditions serait complètement justifiée bien que la jurisprudence ne nous en fournisse aucun exemple.

Nous avons repoussé l'application de l'article 57 dans son entier sans distinguer entre les diverses déclarations qu'il exige. Certains auteurs ont cependant soutenu qu'il y avait place ici pour une distinction. Ils ont prétendu que si l'accoucheur n'était pas tenu de déclarer le nom de la mère, il devait

du moins faire connaître son domicile exact à l'officier de l'état civil, et en particulier révéler dans les villes le nom et le numéro de la rue. Ils s'appuient sur l'article 55 qui exige que la déclaration soit faite à l'officier de l'état civil du lieu de la naissance. « On a déjà fait un pas, légal il est vrai, hors de la voie du secret, en déclarant le fait de l'accouchement et la commune où il a eu lieu. Lorsqu'on a le soupçon qu'un crime se prépare, après avoir tout fait pour détourner de cet acte, on donne une garantie de plus à la vie de l'enfant, qui est notre client comme la mère en déclarant le lieu de l'accouchement (1). » On paraît craindre de plus dans cette théorie que le médecin ne s'adresse pour faire sa déclaration à un officier de l'état civil autre que celui du lieu de la naissance, c'est-à-dire à un magistrat incompetent.

Il est d'abord bien peu probable qu'un médecin prête son concours à une telle fraude, mais de plus cette considération n'est pas de nature à faire fléchir la loi. Le médecin coupable s'exposera aux peines de l'article 346. D'autre part, de ce que la loi a porté une première atteinte à l'obligation du secret en exigeant indirectement la déclaration du lieu de naissance, est-ce une raison pour en porter une seconde ? Celle-ci, d'ailleurs, ne s'appuyant sur aucun texte, serait absolument arbitraire.

La jurisprudence, après quelques hésitations, s'est ralliée à la théorie que nous venons de soutenir. Deux arrêts (2) avaient consacré la thèse inverse, l'un de la Cour de Dijon rendu le 14 août 1840, l'autre de la Cour de Paris en date du 20 avril 1843. La Cour de Cassation, sur pourvoi d'un jugement du Tribunal de La Rochelle du 6 avril 1843, sanctionna

(1) Dictionnaire encyclopédique des sciences médicales. V^o Secret Médical.
Tous deux rapportés dans Dalloz Rep. V^o Etat civil n^o 233.

les véritables principes dans un arrêt du 16 septembre 1843 (1) qui vint fixer la jurisprudence. Les Tribunaux (2) eurent encore, à diverses reprises, à se prononcer sur la question, mais ils ont toujours décidé que l'accoucheur n'était tenu à aucune des déclarations prescrites par l'article 57, se basant d'une part sur les termes de l'article 346 qui ne vise que les articles 55 et 56 du Code Civil et de l'autre sur le texte même de l'article 378 et les devoirs que la loi impose aux dépositaires des secrets d'autrui.

Les obligations du médecin et de la sage-femme restent les mêmes s'ils ont aidé à mettre au monde, non plus un enfant vivant, mais un enfant mort. Outre l'argument tiré de ce que les articles 55 et suivants du Code Civil ne distinguent pas entre la naissance d'un enfant vivant et celle d'un enfant mort, nous pouvons encore invoquer des textes décisifs. Un décret du 4 juillet 1806 est venu indiquer aux officiers de l'Etat Civil la manière dont ils devraient dresser l'acte constatant la naissance d'un enfant mort né (3). Ce décret ne modifie d'ailleurs en rien les déclarations exigées par le Code, il assure seulement la tenue des

(1) C. 16 septembre 1843. S. 43. 1. 915.

(2) Agen 20 avril 1844. S. 44. 2. 326.

C. 1 juin 44. S. 44. 1. 670.

C. 1 août 45. D. 45. 1. 363.

Angers. 18 novembre 1850. D. 51. 220.

Tribunal Seine 30 décembre 75. Gazette des Tribunaux 31 décembre 75.

(3) Il est assez délicat en effet de dresser l'acte constatant le fait de la naissance d'un enfant mort-né. Les articles du Code relatifs soit aux déclarations de naissance, soit aux déclarations de décès ne peuvent résoudre la difficulté. On ne peut déclarer d'une part la naissance d'un être qui n'a jamais vécu de la vie extra-utérine et déclarer aussitôt après son décès. Un tel mode de procéder, outre qu'il serait peu logique, entraînerait encore d'inacceptables conséquences. L'enfant serait censé avoir vécu, la preuve du contraire ne pouvant en être faite. La première conséquence d'une telle théorie serait de permettre de modifier la transmission successorale. Cour de Paris 13 Floral an XII.

actes de l'Etat Civil conformément au vœu de la loi. Il est ainsi conçu : « Lorsque le cadavre d'un enfant dont la naissance n'a pas été enregistrée sera présenté à l'officier de l'état civil, cet officier n'exprimera pas qu'un tel enfant est décédé, mais seulement qu'il lui a été présenté sans vie ; il recevra de plus la déclaration des témoins touchant les noms, prénoms, qualités et demeure des père et mère de l'enfant et la désignation des an, jour et heure auxquels l'enfant est sorti du sein de sa mère. »

L'exécution des obligations imposées à l'accoucheur demeure ici encore sans sanction ; on ne peut, en effet, étendre par analogie l'article 346 du Code Pénal au décret de 1806. Le médecin devra donc se borner à une simple déclaration du fait de la naissance et se considérer comme lié par le secret professionnel pour les autres énonciations.

La Cour de Cassation s'est prononcée fort nettement dans ce sens par arrêt du 2 septembre 1842 (1). Nous croyons bon de reproduire les termes de la dernière décision judiciaire (Cass. 27 juillet 1842), car les arguments qu'elle invoque sont péremptoires. « Attendu que la mort de l'enfant au moment de sa naissance ne dispense pas les personnes présentes ou celles chez lesquelles l'accouchement aurait eu lieu de l'obligation de déclarer l'accouchement, conformément à la loi ; que les dispositions des articles précités (2), qui ont pour base les plus graves considérations d'ordre public ont pour but principal d'assurer la constitution de l'accouchement et de pourvoir aussi à la sûreté de l'enfant et à la conservation de son état civil s'il y a lieu, que ces

(1) C. 2 septembre 1842, D. 44-1 61. Conf. C. 2 août 44. S. 44.1.671. Grenoble, 22 janvier 44. S. 44.2.125. Metz, 24 août 54. D. 54.5.42. C. 27 juillet 72. D. 72.1.277.

(2) Art. 55 et suivants. C. C. 346. C. P. Décret du 4 juillet 1806.

considérations s'appliquent également à la venue d'un enfant privé de vie, que si le décret de 1806 prescrit l'inscription de la déclaration au registre des décès, c'est par simple mesure d'ordre qui ne modifie en rien les obligations résultant des articles 55 et 56 du Code Civil et 346 du Code Pénal.»

A quelle époque de la gestation l'enfant mort-né réunira-t-il les conditions nécessaires pour que sa présentation à l'officier de l'état civil doive avoir lieu, conformément aux articles 55 et suivants du Code civil et de l'article premier du décret de 1806 ? La solution de cette question présente de grandes divergences en doctrine et en jurisprudence. Un arrêt de la Cour de Paris du 15 février 1865 (1) décide que les prescriptions de la loi sont générales et s'appliquent à tous les enfants morts à quelque époque de la gestation qu'ils soient parvenus, pourvu qu'ils aient les formes d'un être humain. La Cour de Cassation par arrêt du 7 août 1874 (2) a adopté une doctrine différente. Elle applique les présomptions de l'article 312 et décide que la présentation n'est exigée que pour les enfants nés à l'époque de la viabilité, c'est-à-dire après six mois (cent quatre vingt jours) de gestation (3).

Les articles du Code et le décret de 1806 qui emploient le mot enfant donnent un certain poids à cette théorie. Le législateur semble n'avoir pas en vue, ainsi que le dit la Cour de Cassation, « cet être qui vient au monde avant terme, privé, non seulement de la vie, mais des conditions organiques indispensables à l'existence et qui ne constitue qu'un produit innommé et non un enfant ».

(1) D. 65.2.138

(2) D. 75.1.5.

(3) Conf. Nancy, 17 septembre 1839. D. 39.2.79. Douai 31 juillet 1839.

Cette manière de procéder a cependant de grands inconvénients pratiques. Il arrive, surtout dans les grandes villes, que les familles ne sachant comment se débarrasser des embryons et des fœtus les abandonnent sans avoir le moindre souci de la décence. Une telle pratique, outre qu'elle blesse la pudeur publique, est encore de nature à faire éclater des scandales fréquents en provoquant des recherches de la part des autorités compétentes. Aussi le Préfet de la Seine, dans une circulaire du 21 novembre 1868, prescrivit-il la déclaration des fœtus à partir de quatre mois. Une nouvelle circulaire de ce même fonctionnaire, en date du 26 janvier 1882, ordonna la déclaration de tous les embryons et fœtus dès l'âge de six semaines.

Quelle que soit l'opinion adoptée sur cette question qui rentre plutôt dans le domaine de la médecine que dans celui du droit, nous devons retenir de cette discussion que l'accoucheur doit déclarer le fait de la naissance d'un enfant mort-né, mais qu'il n'est pas tenu de donner d'autres indications à l'officier de l'état civil.

Surveillance des maisons de santé

L'autorité administrative a prétendu, à plusieurs reprises, exercer un contrôle sur les médecins, officiers de santé et sages-femmes. Elle invoque, dans ce sens, diverses dispositions légales. Elle a prétendu d'abord faire application de l'article 475 n° 2 du Code Pénal aux membres du corps médical qui tiennent des maisons de santé et d'accouchement, les assimilant ainsi aux aubergistes et logeurs.

Cet article punit d'une amende de six à dix francs « les aubergistes, hôteliers, logeurs ou loueurs de maisons garnies

qui auront négligé d'inscrire, de suite et sans aucun blanc, sur un registre tenu régulièrement, les noms, qualités, domicile habituel, dates d'entrée et de sortie de toute personne qui aurait couché ou passé une nuit dans leurs maisons; ceux d'entre eux qui auraient manqué de représenter ce registre aux époques déterminées par les règlements ou lorsqu'ils en auraient été requis aux maires, adjoints, officiers ou commissaires de police, aux citoyens commis à cet effet; le tout sans préjudice des cas de responsabilité mentionnés à l'article 77 du présent Code relativement aux crimes et aux délits de ceux qui ayant logé ou séjourné chez eux, n'auraient pas été régulièrement inscrits. »

La jurisprudence s'est toujours refusée avec grande raison à considérer comme des logeurs les médecins directeurs de maisons de santé. D'accord avec la doctrine, elle a maintes fois proclamé que le terme « logeur » ne s'applique qu'aux personnes qui font métier de loger, de recevoir habituellement, pour une seule nuit ou pour un temps indéterminé et moyennant salaire, des étrangers, le passant, l'inconnu qui ne demande qu'un logement et un abri. La Cour de Cassation a décidé, à plusieurs reprises, que les formalités de police, imposées aux aubergistes et logeurs d'une ville, ne s'étendent pas aux particuliers qui reçoivent chez eux des personnes, soit en qualité de pensionnaires, soit en les logeant en garni (1).

Avec cette interprétation du mot logeur, les médecins et sages-femmes échapperaient à l'application de l'article 475. n° 2 du Code Pénal. Mais la Cour de Cassation a été plus loin encore, et invoquant l'article 378, elle s'est opposée à une assimilation contraire à la loi du secret médical. Cette juris-

(1) 14 août 45. C. 3 novembre 27. 1^{er} août 45. 29 décembre 49. 9 septembre 53. 28 janvier 55.

prudence avait pris naissance dès avant la promulgation du Code. La loi des 19-22 juillet 1791 (article 22) posait des règles semblables à celles de l'article 475 n° 2. Le 29 fructidor an X, la Cour de Cassation, cassant un jugement du Tribunal de police de Grenoble du 12 thermidor, refusa de les appliquer au médecin, directeur d'une maison de santé. Depuis la question a toujours été tranchée dans le même sens, notamment dans les arrêts du 18 juin 1846, 12 septembre 1846.

« Attendu que les sages-femmes ne peuvent être assimilées aux aubergistes, logeurs, hôteliers ou loueurs de maisons garnies ni être tenues des obligations imposées à ceux-ci par l'article 473 n° 2 du Code Pénal, qu'une pareille assimilation serait d'ailleurs contraire aux prescriptions de l'article 378 du Code Pénal qui oblige les sages-femmes aussi bien que les médecins à garder les secrets dont elles sont dépositaires à raison de leur profession (20 juin 1886. Cassation. Le droit 18 août 1886.) »

Voyant ses prétentions repoussées sur ce point, l'autorité administrative à invoqué l'article 471 n° 15 du Code Pénal, qui punit la non observation des arrêtés légalement pris par elle : Article 471 n° 15. — Seront punis d'amende depuis un franc jusqu'à cinq francs inclusivement : ceux qui auront contrevenu aux règlements légalement faits par l'autorité administrative et qui ne se seront pas conformés aux règlements ou arrêtés publiés par l'autorité municipale en vertu des articles 3 et 4, titre XI de la loi des 16-24 août 1790 et de l'article 46, titre 1^{er} de la loi des 19-22 juillet 1791.

Ces textes, ainsi que les lois des 18-22 juillet 1837 (article 2) et du 5 avril 1884 (article 97), donnent à l'autorité municipale le droit de prendre des arrêtés réglementaires, notamment en ce qui concerne le maintien du bon ordre dans les lieux publics et le soin de prévenir et de faire cesser des

épidémies. L'administration a soutenu que les maisons de santé ou d'accouchement devaient être considérées comme des lieux publics et dès lors qu'elle pouvait imposer à leurs directeurs telles mesures qui lui sembleraient utiles.

Il ne nous sera pas difficile de prouver que le pouvoir réglementaire des maires, quelle que soit l'étendue qu'on lui reconnaisse ne peut cependant aller aussi loin. Il ne peut, en effet, violer une disposition formelle de la loi. « Il existe un article au Code Pénal qui fait du secret un des devoirs des médecins, accoucheurs etc, disait le Conseiller Isambert à la Cour de Cassation (30 août 1833) ». On ne peut prétendre sérieusement qu'un arrêté municipal, rendu au mépris de l'article 378, puisse avoir une force légale. Aussi les Tribunaux saisis de la question se sont-ils refusés à appliquer les arrêtés qui imposaient aux directeurs des maisons de santé ou d'accouchement des obligations contraires à la loi du secret. Le 30 août 1833, la Cour suprême (1) déclarait illégal l'arrêté du maire de Strasbourg qui interdisait aux sages-femmes de recevoir chez elles les femmes enceintes non munies d'une autorisation spéciale du maire. Le 23 janvier 1864 (2), elle persista dans sa jurisprudence à propos d'un arrêté du Préfet de la Manche et le 20 juin 1886, un arrêt que nous avons déjà cité, se prononça dans le même sens : Attendu qu'aucune loi spéciale n'a placé les maisons d'accouchement sous la surveillance de l'autorité municipale ; que d'autre part les maisons de ce genre ne peuvent être considérées comme des lieux ouverts au public sur lesquels les maires ont un droit de police et de réglementation en vertu de la loi du 5 avril 1884.

Cette jurisprudence règle la situation des médecins et

(1) D. 33-1-108.

(2) D. 64-1-152.

sages-femmes vis-à-vis de l'autorité municipale. Il résulte de divers arrêts que celle-ci ne peut défendre aux sages-femmes de recevoir des femmes enceintes étrangères à la ville (1), leur imposer l'obligation de déclarer à la mairie (2) ou d'inscrire sur un registre (3) les noms de leurs pensionnaires et enfin qu'elle ne peut exercer sur les maisons d'accouchement le droit de surveillance qui lui appartient sur les lieux publics (4) ».

La Cour de Cassation a cependant reconnu à l'administration le droit de fixer le nombre des personnes qui pourront être reçues dans une maison d'accouchement (5). Ainsi limitée la surveillance administrative ne porte pas atteinte à la loi du secret, tandis qu'elle peut être fort utile à la santé publique, en évitant de trop grandes agglomérations de malades.

Reconnaissons en terminant que la doctrine de la Cour de Cassation, seule fondée en droit, présente cependant de sérieux inconvénients pratiques en dérobant les sages-femmes à toute surveillance. Ces sages-femmes, trop fréquemment, abandonnent l'exercice de leur art pour se livrer presque ouvertement et en toute sécurité à celui des avortements (6). L'intérêt de la société justifierait amplement une surveillance rigoureuse, exercée, même au mépris de la loi du secret, sur les maisons d'accouchement tenues par les sages-femmes.

(1) C. 30 août, 33.-D.-33-1-108.

(2) C. 22 août 45.-D.45-4-47.

(3) C. 1 juin 46.-D.-46-1-233.

(4) C. 23 janvier 65.-D.-65-1.-152.

(5) C. 3. août 1866. D. 66. 1. 452.

(6) TARDIEU. Etude médico-légale sur l'avortement p. 21.

Vérification des décès et statistique

Dans le but d'éviter des inhumations précipitées, l'article 77 du Code Civil subordonne toute inhumation à la délivrance d'un certificat émanant de l'officier de l'état civil qui doit auparavant s'assurer du décès. Dans presque toutes les communes, le magistrat municipal, manquant des connaissances spéciales nécessaires délègue sa mission à un médecin. Celui-ci, même s'il a été le médecin traitant, pourra parfaitement délivrer le certificat exigé par l'article 77. On ne lui demande, en effet, que la constatation du décès, ce qui n'implique en rien la violation du secret professionnel.

Mais d'autre part, on a pensé, non sans raison, qu'une statistique exacte des causes des décès présenterait une grande utilité pour la science et la santé publique. Sans entrer dans des détails, il est bon d'apprécier la marche de ce service au point de vue du secret professionnel. La statistique sanitaire, qui fonctionnait à Paris depuis 1817, a fait l'objet d'une circulaire ministérielle en date du 24 décembre 1866. Dès que la déclaration d'un décès a été faite, le maire adresse au médecin vérificateur du décès une feuille en double expédition sur laquelle celui-ci inscrit les noms, prénoms, sexe, âge, profession de la personne décédée, la nature de la maladie à laquelle elle a succombé et autant que possible sa durée et ses complications, le nom du médecin qui a soigné le malade, celui du pharmacien qui a délivré les médicaments et autant que possible les conditions hygiéniques du domicile.

Cette circulaire constitue la violation la plus flagrante de l'article 378 et sans aller cependant aussi loin que certaines

Législations américaines elle supprime purement et simplement le secret médical (1). Le médecin vérificateur des décès pourrait arguer à la rigueur de ce qu'il n'a pas soigné le défunt et que l'article 378 ne le lie pas, mais il est certain qu'il ne pourra obtenir les renseignements détaillés qu'on lui demande qu'en s'adressant au médecin traitant qui lui, est tenu au secret.

Ces pratiques ont été heureusement en partie abandonnées. En 1880, on adopta à Paris le système suivant, approuvé par l'Académie de médecine. Les bulletins, délivrés par le médecin vérificateur des décès, ne contiennent plus toutes les énonciations exigées par la circulaire de 1866. L'indication des noms, professions, inutile au point de vue scientifique est supprimée et remplacée par un simple numéro d'ordre. Puis, pour arriver à des constatations plus claires, le maire de l'arrondissement du décédé prie le médecin traitant d'indiquer, s'il le juge à propos, la cause du décès sur un bulletin anonyme. Le médecin est libre de ne pas répondre, mais s'il le fait, il est certain que ses observations

(1) Il y a un endroit où le secret professionnel est chose absolument ignorée. C'est la petite ville de West-Middlebury dans le Connecticut. Les Selectmen ou Conseillers Municipaux de cette localité ont eu l'ingénieuse idée de transformer le cimetière en bureau de statistique, les bulletins de statistique étant représentés par les inscriptions funéraires, encadrées sous verre dans un endroit apparent de la tombe. Ces bulletins contiennent, d'abord l'indication du sexe, de l'âge, du domicile, de la profession du mort, puis la mention de la cause du décès, puis encore celle du traitement suivi, enfin le nom du médecin. Voici le spécimen de bulletin par lequel a été inauguré le nouveau bureau de statistique médicale « Isabez Smedley, né à Concord, le 27 avril 1821, décédé à West Middlebury, le 10 janvier 1885. Profession, charpentier et courtier en grains. Domicile, 9^e rue, 4^e avenue. Tempérament ; bilio-sanguin. — Maladies antérieures, rougeole, fièvres paludéennes, fracture du cubitus gauche. Maladie finale : pleurésie double. Traitement : aconit, tartrate stibié, vésicatoire à la base du poulmon. Médecin : le docteur John Smith 5^e rue, 3^e avenue.

ne pourront être divulguées, le bulletin ne portant lui aussi qu'un simple numéro.

Une organisation analogue a été proposée pour la province par M. le docteur Barrat-Dulaurier le 5 décembre 1885 (1) et par M. le docteur Passant le 3 mai 1886 (2). Le premier préconisait la création d'un bureau de statistique départemental, le deuxième pensait qu'il suffisait d'adresser les bulletins au Conseil d'hygiène de chaque arrondissement.

Nous ne pouvons qu'applaudir à ces projets qui, tout en servant l'intérêt de la science, auraient l'immense avantage de sauvegarder le secret professionnel. Un grand nombre de villes d'ailleurs, sans attendre une réorganisation générale du service de la statistique, ont adopté un système analogue à celui qui fonctionne à Paris et n'exigent plus l'indication des noms et profession du décédé.

Bulletins de santé. Publications d'observations médicales.

Il est fréquent, lorsque le malade est un personnage connu dont l'état de santé intéresse le public, que le médecin fasse parvenir à la presse un bulletin de santé. Le médecin devra se borner dans ces documents à des renseignements généraux, sans entrer dans aucun détail. Il devra se contenter, par exemple, de donner l'indication des incidents du jour, de l'état du pouls, d'un symptôme augmenté ou diminué ou nouvellement survenu, du sommeil meilleur ou moins bon. Des renseignements plus complets porteraient atteinte au secret professionnel et pourrait dans bien des cas, occa-

(1) Au syndicat médical de Coutras.

(2) A l'assemblée générale de l'association des médecins de France.

sionner un grave préjudice au malade revenu à la santé. A un autre point de vue remarquons que le médecin devra se montrer d'autant plus circonspect que le malade peut avoir connaissance, par les journaux, de l'état de sa propre santé et qu'il importe de le protéger contre ces divulgations souvent cruelles et qui parfois pourraient devenir funestes.

Le médecin devra montrer la même prudence dans la publication des observations médicales. Celles-ci ne devront contenir que les indications qui pourront être utiles à la science, sans que le nom du sujet y figure même par ses initiales, sans que son domicile et sa profession y soient indiqués.

Assurances sur la vie.

L'étude du secret dans les rapports du médecin avec les compagnies d'assurances offre un grand intérêt pratique, en raison du développement énorme pris au cours de ce siècle par les contrats d'assurances.

Les compagnies pour sauvegarder leurs intérêts tiennent à connaître, d'une façon précise, l'état de santé exact du futur assuré. Elles le font d'abord examiner par un médecin choisi par elles, puis généralement, ne se contentant pas de ce premier examen, elle s'adresse encore au médecin traitant de celui qui veut s'assurer. De même, lors du décès de l'assuré et du règlement de l'indemnité, les compagnies cherchent à s'entourer de renseignements fournis par leur médecin et par celui qui a soigné le défunt. On comprend que la conduite du médecin soit différente suivant qu'il est le médecin de la compagnie ou le médecin traitant de l'assuré.

Médecin de la Compagnie. — Ce médecin n'est pas lié par le secret professionnel ; les renseignements qu'il a recueillis

lui ont été, à la vérité, fournis dans l'exercice de sa profession, mais non à raison de la confiance attachée à cette profession. Il n'est plus un confident nécessaire, mais un expert au service de la compagnie, dont le rôle présente de grandes analogies avec celui de l'expert judiciaire. Il doit recevoir les déclarations de celui qui veut s'assurer et en contrôler l'exactitude. La personne qui se confie à son examen sait que les résultats en seront communiqués à la compagnie. Elle donne son libre consentement à ce qu'il en soit fait un usage déterminé. L'article 378 cesse donc d'être applicable.

Malgré la force des raisons invoquées, cette pratique a été vivement attaquée. La Société de médecine de la Gironde, mue par des sentiments très honorables, a pensé que les renseignements fort étendus en pratique demandés par les compagnies étaient contraires au secret professionnel, et sans prétendre supprimer l'examen médical absolument indispensable au fonctionnement des compagnies d'assurances, elle a estimé qu'il serait préférable que le médecin conservât secrets les détails de son examen et se contentât d'en faire connaître le résultat à la compagnie, en répondant à cette simple question : « Le candidat peut-il être assuré ou ne peut-il pas l'être » Un tel système offrirait de réels dangers et en particulier, il multiplierait les procès déjà si fréquents en matière d'assurances et ne donnerait souvent qu'une garantie illusoire aux compagnies, auxquelles tout contrôle deviendrait impossible. Ces motifs suffisent pour nous le faire repousser, d'autant plus qu'il ne nous est pas imposé par l'article 378.

Médecin traitant. — Mais toute autre est la situation des médecins traitants aux lumières desquelles les compagnies ont recours pour augmenter leurs garanties. Avant la conclusion du contrat d'assurance, elles adressent au médecin traitant un questionnaire, généralement très développé, lui de-

mandant de leur faire connaître l'état de santé de son client, ses antécédents personnels et héréditaires, ses habitudes et enfin de donner son avis sur la possibilité du contrat d'assurance. Un tel questionnaire est contraire à n'en pas douter au secret professionnel et le médecin qui y répondrait s'exposerait aux peines de l'art. 378, même si son client l'avait formellement relevé de l'obligation du secret. Le médecin doit garder toujours le silence, quelles que soient les conclusions, favorables ou contraires à son client, qu'il ait à formuler. Nous repousserons, en effet, l'opinion de M. Legrand du Saulle qui propose à ses confrères de donner à la compagnie les renseignements qu'elle demande si ceux-ci peuvent-être utiles à leur client. Elle est contraire à la loi qui impose le silence dans tous les cas et n'a pu laisser le médecin libre de parler ou de se taire. Elle présenterait d'ailleurs pour l'assuré moins d'avantages que paraît le croire M. Legrand du Saulle. N'est-il pas évident que la compagnie d'assurances saurait interpréter le silence d'un médecin qui refuserait de donner son avis sur la santé d'un de ses clients, alors qu'auparavant il n'avait jamais hésité à répondre aux demandes qui lui étaient faites. Une telle attitude serait assez significative pour déterminer la compagnie à ne pas donner suite à l'opération qu'on lui propose.

Le silence absolu, telle sera donc ici encore notre conclusion.

C'est la règle d'ailleurs que s'imposent très généralement les médecins, refusant de délivrer les certificats demandés par les compagnies au moment de l'acceptation de la proposition d'assurance. La Société médicale du II^e arrondissement de Paris s'était déjà prononcée dans ce sens en votant le 1^{er} avril 1862 la délibération suivante : « 1^o Tous les membres de la Société médicale du II^e arrondissement, se fondant

sur l'obligation du secret médical, prennent l'engagement de ne délivrer aucun certificat demandé par les compagnies d'assurances sur la vie, quelque soit l'état de santé du postulant. 2^o Cette décision sera transmise à toutes les sociétés d'arrondissement de Paris en les invitant à prendre une détermination semblable. En 1874, l'Association générale des médecins de France se rallia aux mêmes conclusions proposées par M. le docteur Gallard (1).

Une loi du 11 juillet 1868 a adopté un système particulier qu'il serait désirable de voir se généraliser, car en rendant nuls les contrats d'assurances passés in extremis, il supprime en grande partie les difficultés résultant de l'examen médical du postulant. Cette loi, en créant deux caisses d'assurances, l'une au cas de décès, l'autre au cas d'accidents résultant de travaux agricoles et industriels, s'exprime ainsi dans son article 3. « Toute assurance faite moins de deux ans avant le décès de l'assuré demeure sans effet. Dans ce cas les versements effectués seront restitués aux ayants droit avec les intérêts simples à 4 pour cent. »

Il nous reste à parler des certificats demandés au médecin par les compagnies d'assurances après la mort de leur client. Généralement les polices subordonnent le paiement de l'indemnité à la production de cette pièce constatant le genre de mort de l'assuré. Nous n'hésiterons pas à conseiller aux médecins de refuser dans tous les cas la délivrance de ces certificats. Ce refus ne pourra nuire en rien aux intérêts pécuniaires de la famille de leur client ; la compagnie ne pourra s'en prévaloir pour retarder le paiement de l'indemnité. Le médecin, en effet, d'une part, est un simple tiers en ce qui concerne le contrat d'assurances passé entre la compagnie et le client et

(1) Annuaire 1874. p. 88.

il ne peut de ce chef être tenu à aucune obligation. D'autre part, les bénéficiaires du contrat d'assurance recevront leur paiement, puisque, d'après les règles du droit civil, ils doivent être considérés comme ayant rempli la condition qui s'impose à eux dès qu'ils ont fait tout ce qui était en leur pouvoir en vue de sa réalisation. L'article 378, enfin, commande impérieusement l'abstention aux médecins.

Cette solution, enseignée par les auteurs (1), a été adoptée par la Société de Médecine légale, après un rapport de M. Rocher, avocat à la Cour de Paris (2). Elle a été consacrée par la jurisprudence qui a décidé à différentes reprises que lorsque le médecin se refuse à donner un certificat constatant le genre de mort de l'assuré, la compagnie ne peut arguer de la police qui subordonne le paiement de l'assurance à la production du certificat pour se refuser à verser le montant de l'indemnité (3).

Maladies contagieuses et épidémiques

Quand un malade est atteint d'une maladie contagieuse ou épidémique, son médecin doit se préoccuper, après lui avoir donné ses soins, d'empêcher que le fléau ne se répande. Mais pour faire appliquer les règles de l'hygiène, pour arriver à circonscrire la maladie ne sera-t-il pas obligé d'en dévoiler la nature à ceux que son devoir lui commande de protéger. Ne devra-t-il pas, en un mot, trahir le secret professionnel. Nous ne pouvons passer en revue les hypothèses multiples

(1) BROUARDEL op. cit. p. 75.

(2) Séances des 8 juin 1884 et 4 août 1884. Bulletin. t. VIII p. 337 et 339.

(3) Havre. 30 juillet 86. S. 87. 2. 69. Besançon 17 février 87. S. 87. 2. 69. Paris 4 février 91. S. 91. 2. 88.

que présente la pratique médicale. Nous en examinerons quelques unes particulièrement délicates et fréquentes.

Maladies contagieuses. — Un enfant est atteint de syphilis infantile. Quelle doit être la conduite du médecin à l'égard de la nourrice ? Il se peut d'abord que le médecin soit prié par les parents de choisir une nourrice à l'enfant. Son devoir dans ce cas est relativement facile. Il doit empêcher par tous les moyens que lui dictera sa conscience que l'enfant soit confié à une nourrice. Il engagera la mère à nourrir, et si celle-ci ne le peut, il conseillera, prescrira même l'alimentation au biberon. En agissant autrement, il assumerait une lourde responsabilité qui pourrait plus tard se traduire par une juste demande de dommages intérêts formée par la femme qu'il a laissé s'exposer à un danger certain.

Il ne lui suffirait pas pour satisfaire à ses devoirs et sauvegarder sa responsabilité, de mettre la nourrice au courant des périls qu'elle va courir. Celle-ci ne mesurant pas toute l'étendue du mal et toutes ses conséquences désastreuses pour elle-même et pour sa famille, ne placerait-elle pas souvent ses intérêts pécuniaires au dessus de l'intérêt de sa santé. De plus en révélant la nature exacte de la maladie, le médecin trahirait le secret qu'il doit à l'enfant et aux parents et une telle révélation, même faite avec le consentement de ceux-ci, serait une violation flagrante de l'article 378. Aussi le médecin, auquel des parents demandent d'indiquer une nourrice pour un enfant atteint de syphilis, devra refuser la mission qu'on lui confie et au besoin, si pénible que puisse dans certains cas devenir cette détermination, cesser de donner ses soins à l'enfant et à la mère. Le docteur Brouardel a adopté fort nettement cette opinion en écrivant : « Aussi

« personnellement, je n'accepterais jamais de choisir une « nourrice pour un enfant syphilitique » (1).

Mais le médecin peut être appelé auprès d'un nouveau-né syphilitique et déjà confié aux soins d'une nourrice. Tout en soignant l'enfant, il devra protéger la nourrice, mais pourra-t-il le faire sans lui faire connaître la maladie dont est atteint son nourrisson. Dans ces circonstances, le silence devra être absolu, car parler serait à la fois perdre l'enfant et les parents et aussi perdre à ses propres yeux et aux yeux des siens la nourrice elle-même. Ce silence ne sacrifiera pas d'ailleurs la santé, l'honneur et les intérêts pécuniaires de la nourrice. Il sera facile au médecin de trouver les moyens de les sauvegarder sans dévoiler la nature exacte du mal, il fera entrevoir à la nourrice les dangers qui la menacent, obtiendra d'elle l'observation des précautions indispensables, soit pour éviter la maladie, soit pour l'enrayer si la contagion a déjà eu lieu.

La jurisprudence a eu à se prononcer sur la question et a admis la responsabilité du médecin ; mais elle n'exige pas de lui la violation du secret professionnel. Elle ne lui demande pas de faire connaître à la nourrice quelle est la maladie exacte qui peut l'atteindre. Elle considère qu'il lui suffit de révéler à la nourrice, sans préciser davantage, qu'un danger la menace. Le principe de la responsabilité civile est donc non dans le fait de cacher la maladie, mais dans celui de dissimuler le danger. Ce cas de responsabilité médicale a été admis par un arrêt de la Cour de Dijon en date du 14 mai 1868 : « Considérant que le médecin est comme tout citoyen responsable du dommage causé par son imprudence, sa légèreté et son impéritie notoire, en un mot par sa faute person-

(1) BROUARDEL. *op. cit.* p. 124.

nelle ; qu'ainsi le médecin qui sciemment laisse ignorer à une nourrice les dangers auxquels l'expose l'allaitement d'un enfant atteint de syphilis congénitale peut être déclaré responsable du préjudice causé par sa réticence, qu'il ne saurait prétendre, qu'appelé à donner ses soins à l'enfant seul, il n'avait pas à se préoccuper du danger que peut courir la nourrice, qu'un pareil système, qui blesse les lois de la morale, ne peut-être invoqué contre une nourrice à laquelle la situation même impose une confiance nécessaire dans le médecin choisi par la famille de l'enfant. »

La présence de la syphilis chez un enfant oblige également le médecin à agir avec prudence à l'égard des parents. L'affection peut provenir, en effet, soit du père, soit de la mère, et souvent le médecin ignorera quel en est le véritable auteur. En agissant à la légère, par exemple en portant à la connaissance du conjoint indemne la maladie dont est atteint l'enfant, il ouvre la porte à toutes les suppositions, il jette le trouble dans le ménage et en bannit le bonheur. Qu'il se contente donc d'indications générales, suffisantes pour empêcher la contagion, mais qu'il ne formule pas un diagnostic qui compromettrait pour toujours la paix future du ménage.

Les mêmes sentiments guideront le médecin appelé au cours du mariage à soigner un des conjoints atteint d'un mal vénérien. Il s'abstiendra de faire connaître à l'autre époux le résultat complet de ses observations, qu'il sera même souvent dans l'obligation de cacher à son client lui-même. En particulier il devra toujours se refuser à attester dans un certificat l'existence d'une maladie vénérienne communiquée par l'un des époux à l'autre. Une conduite contraire serait en contradiction avec l'article 378.

Le médecin peut constater l'existence d'un mal contagieux

dans un milieu où il se propagera rapidement et causera de grands ravages. Par exemple, un verrier, atteint de syphilis, contaminera tous ses compagnons d'atelier, surtout grâce à l'usage du tube en fer creux servant à la fabrication des bouteilles qui passe de bouche en bouche. Les patrons peuvent être déclarés responsables de la propagation de la maladie s'ils n'ont pas pris toutes les précautions nécessaires pour l'empêcher. (Dijon 23 avril 1869). Aussi ont-ils recours à l'expérience d'un médecin qui examine tous les ouvriers venant demander du travail et passe en outre, à des intervalles périodiques, des visites de santé. Il est bien certain que ce médecin devra faire part au directeur de l'établissement des cas de maladie contagieuse et particulièrement de syphilis qu'il aura constatés. Le secret médical ne le lie pas. Il n'est plus qu'un expert au service de la direction et à l'examen duquel les ouvriers se sont volontairement soumis. Mais si, en dehors de l'établissement, un médecin, consulté par un verrier, reconnaît chez lui l'existence de la syphilis, l'article 378 devra recevoir son application. Le médecin devra garder le silence ; libre à lui cependant de tâcher d'enrayer le mal en conseillant à l'ouvrier de quitter l'usine et de chercher une autre occupation.

Maladies épidémiques. — S'il est un cas où le médecin peut se croire en droit de dévoiler à certaines personnes, en particulier à l'autorité administrative, la nature de la maladie dont souffre son client, c'est bien celui-ci où il se trouve non plus en présence d'une maladie destinée à demeurer isolée, mais d'un mal qui peut s'étendre, faire de nombreuses victimes, devenir en un mot un fléau public. Quelque impérieuse que soit la raison d'être de l'article 378 il semble qu'il doit céder devant l'intérêt général et que le médecin doit préférer à son secret professionnel le souci de

la santé pulique. Nous n'irons pas si loin que M. le docteur Jules Rochard qui supprime, sans hésiter, le secret professionnel et s'écrie qu'en matière d'hygiène, ceux qui se flattent d'être restés fidèles à leurs croyances d'il y a vingt ans se délivrent à eux mêmes un brevet d'ignorance ou d'entêtement (1).

Néanmoins la nécessité d'une déclaration indispensable pour l'organisation des mesures prophylactiques est juste et légitime. Sans doute une telle révélation faite en l'absence d'un texte qui l'impose tomberait sous le coup de l'article 378, mais aujourd'hui une loi nouvelle est venue ordonner au médecin de faire connaître à l'autorité compétente les cas de maladie épidémique qu'il a constatés dans l'exercice de sa profession. Nous applaudissons à cette réforme malgré l'atteinte qu'elle porte à l'obligation du secret.

Cette atteinte sera d'ailleurs moins grave qu'elle ne le paraît au premier abord. Nous n'avons pas admis, en effet, que tout fait parvenu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession fût couvert par le secret professionnel. Nous avons exigé un élément de plus ; rarement les maladies épidémiques seront de nature à exiger le secret. Comme le dit le docteur Brouardel (2), jamais une famille n'a pensé à imposer le secret à son médecin à propos de ces maladies. Chacun dit journellement qu'il a perdu un des siens du choléra, de la fièvre jaune, de la diphtérie, etc.

La justification de la déclaration imposée aux médecins a été produite, lors de la discussion de la loi du 30 novembre 1892 que nous examinerons bientôt, par M. le sénateur Cornil, rapporteur de la loi. « La déclaration des maladies épidé-

(1). Union médicale, 7 novembre 1893.

(2) p. 232. op. cit.

miques à l'autorité est absolument nécessaire. Il est impossible, en effet, d'organiser l'hygiène dans une ville, dans une commune, si la municipalité, si le bureau d'hygiène qui la représente dans un certain nombre de nos grandes villes françaises ne sont pas prévenues au début d'une épidémie à chaque fait de maladie épidémique qui se présente dans une ville ou une commune. Il faut connaître tout d'abord le mal dès son apparition, sa localisation dans telle ou telle maison, dans tel quartier, pour y porter un remède efficace. Il est nécessaire d'avoir des avertisseurs pour les épidémies comme pour les incendies. C'est le premier ressort à faire jouer qui met tout en branle ». M. Vallin, dans la séance de l'Académie de médecine du 10 octobre 1893, faisait ressortir d'une façon frappante, la nécessité d'une déclaration en citant ce simple fait plus éloquent que tous les discours. « Une famille étrangère vient habiter un appartement sur un de nos grands boulevards. L'enfant contracte au dehors la diphtérie et meurt. La famille désolée quitte précipitamment Paris sans qu'aucune mesure de désinfection eut été prise. On ne sait si les meubles, les tentures et les tapis vendus sur place ont déterminé des contagions d'origine ignorée. Mais quelques mois plus tard, de nouveaux locataires s'installent dans l'appartement. Un enfant contracte la diphtérie et meurt; après lui, la mère, un autre enfant, un domestique; la famille est presque anéantie. »

En 1822, une épidémie de fièvre jaune qui dévasta l'Espagne et le Portugal avait déjà appelé sur la question l'attention des pouvoirs publics. Une loi du 3 mars 1822, complétée par une ordonnance du 7 avril 1822 réglant les détails de la police sanitaire, vint porter une première atteinte à l'article 378 du Code Pénal. L'article 13 de cette loi était ainsi conçu : « Sera puni d'un emprisonnement de quinze jours à trois mois

et d'une amende de cinquante à cinq cents francs tout individu qui, n'étant dans aucun des cas prévus par les articles précédents, aurait refusé d'obéir à des réquisitions d'urgence pour un service sanitaire ou qui, ayant connaissance d'un symptôme de maladie pestilentielle, aurait négligé d'en informer qui de droit. Si le prévenu de l'un ou l'autre de ces délits est médecin, il sera en outre puni d'une interdiction d'un à cinq ans. » Les peines édictées par cette loi étaient d'une rigueur excessive et la rendaient seulement applicable dans de véritables calamités publiques. Le législateur n'avait d'ailleurs eu en vue que ces fléaux tels que la peste, le choléra et la fièvre jaune dont les victimes se comptent par milliers. La loi de plus ne recevait pas une application continue, il fallait un décret pour qu'elle fût mise en vigueur sur une portion quelconque du territoire français. Elle revêtait donc un caractère exceptionnel en mettant la contrée menacée par l'épidémie en une sorte d'état de siège.

Mais il était désirable qu'une loi plus pratique vînt faciliter la lutte contre les maladies épidémiques. Les corps médicaux dans les vingt dernières années l'avaient maintes fois réclamée. Le Congrès international d'hygiène de Paris discuta la question le 10 août 1878, le Congrès de Vienne, en 1887, admit la nécessité de la déclaration. Les mêmes conclusions furent adoptées en 1889 et en 1891 par le Congrès d'hygiène et de démographie de Paris et de Londres. Le 24 juin 1891, la Société de médecine publique vota la délibération suivante : 1^o la déclaration des affections transmissibles est obligatoire. 2^o Cette déclaration doit être faite par le médecin aussitôt son diagnostic établi et à défaut du médecin par le chef de famille ou les personnes qui soignent le malade (1).

(1) Revue d'hygiène et de police sanitaire, t. XIII p. 623.

Sauf quelques modifications ces idées ont passé dans l'article 45 de la nouvelle loi sur l'exercice de la médecine en date du 30 novembre 1892, qui est ainsi conçu :

« Tout docteur, officier de santé ou sage-femme est tenu de faire à l'autorité publique, son diagnostic établi, la déclaration des cas de maladies épidémiques tombées sous son observation et visées dans le paragraphe suivant. La liste des maladies épidémiques dont la divulgation n'engage pas le secret professionnel sera dressée par arrêté du Ministre de l'Intérieur, après avis de l'Académie de médecine et du Comité consultatif d'hygiène publique de France. Le même arrêté fixera le mode de déclaration des dites maladies. »

Nous avons justifié par avance cette loi protectrice de la santé publique, nous avons établi que l'intérêt de la collectivité était suffisant pour faire fléchir l'article 378, tout en ajoutant qu'une déclaration analogue à celle de l'article 45 de la loi de 1892 ne portait pas atteinte au secret professionnel, au moins dans la grande majorité des cas. Le corps médical n'a d'ailleurs élevé contre la loi nouvelle que de rares protestations étouffées bientôt sous les approbations du plus grand nombre. Les voix les plus autorisées se sont élevées pour défendre le projet du Gouvernement. Quelque temps avant le vote de la loi (février 1891), M. le professeur Lefort disait fort justement à l'Académie de médecine « Le secret professionnel a comme toutes les choses de ce monde des limites et pour ma part, je crois que le médecin manquera à son devoir si, par excès de discrétion, il laissait un malade atteint de diphtérie libre de communiquer une maladie trop souvent mortelle à ceux qui fuiraient à coup sûr la maison contaminée s'ils savaient qu'elle abrite un diphtérique. Je n'admets pas que le secret professionnel aille jusqu'à nous rendre complices d'homicide par impru-

dence et surtout à nous faire commettre des homicides par discrétion. L'honneur d'une famille, l'avenir d'un malade n'est pas mis en question par une variole, une scarlatine ou une angine diphthérique, ses intérêts pécuniaires peuvent, dans beaucoup de cas, être lésés par la dénonciation du mal ou par l'isolement; mais ses intérêts ne sauraient être mis en balance avec le respect et la protection de la vie humaine, cette fois directement menacée.»

Lors de la discussion de la loi la question du secret professionnel n'arrêta pas les Chambres; le docteur Brouardel, Commissaire du Gouvernement, exposa qu'à son avis le secret professionnel ne serait atteint que dans certaines circonstances rares dans la pratique et, qu'en tout cas, il devait céder devant des considérations d'ordre supérieur. L'article 15 fut voté sans grande opposition (1).

L'article 21 établit la sanction de l'article 15. Le docteur en médecine ou l'officier de santé qui n'aurait pas fait la déclaration prescrite sera puni d'une amende de cinquante à deux cents francs. M. Hervé de Saisy avait proposé de descendre aux peines de simple police, son amendement fut repoussé par le Sénat.

La loi nouvelle n'est cependant pas à l'abri de toute critique. En subordonnant notamment la déclaration à l'établissement du diagnostic, elle permet au praticien de différer cette déclaration et même de ne pas la faire. Il lui sera facile d'échapper aux pénalités de la loi en affirmant n'avoir pas

(1) M. LOURTIES soutint que la sage-femme n'a pas appris à diagnostiquer les fièvres typhoïdes, scarlatines, etc. et que cependant elle sera tenue d'en faire la déclaration. Il lui fut répondu par M. Trarieux qu'il n'y aurait pas de pénalités contre la sage-femme qui dans son ignorance n'aura pas signalé une maladie infectieuse et le commissaire du gouvernement confirma cette interprétation.

reconnu les symptômes d'une des maladies dont la déclaration est obligatoire. De plus, M. Lourtiers (dans la séance du Sénat du 4 avril 1892), faisait remarquer non sans raison que les articles 15 et 21 seraient plutôt à leur place dans un projet de loi, qu'il appelait d'ailleurs de tous ses vœux, sur l'hygiène publique dans les villes et dans les campagnes. Ce reproche n'aura bientôt plus de raison d'être. Un projet de loi sanitaire est actuellement soumis au Parlement ; il a été voté par la Chambre après déclaration d'urgence dans ses séances des 26-27 juin 1893. L'article 9 reproduit l'article 15 de la loi de 1892.

Article 9. La déclaration à l'autorité publique de tout cas de maladie infectieuse est obligatoire dans un délai de vingt-quatre heures pour tout docteur, officier de santé ou sage-femme qui en a constaté l'existence ou à défaut pour le chef de famille, maître d'hôtel ou directeur d'établissement ou les personnes qui soignent les malades. La liste de ces maladies est dressée par arrêté du Ministre de l'intérieur, sur avis conforme de l'Académie de médecine et du Comité consultatif d'hygiène publique de France.

A la discussion, les mots « dans le délai de 24 heures » furent supprimés pour mettre la loi nouvelle en harmonie avec la loi sur l'exercice de la médecine.

Conformément aux dispositions de cette loi et du projet voté par la Chambre, l'Académie de médecine, les 10 et 17 octobre 1893, dressa la liste suivante des maladies qui pourraient donner lieu à une déclaration : Choléra et affections cholériformes, fièvre jaune, peste, variole, scarlatine, suette miliaire, diphtérie, fièvre typhoïde, typhus exanthématique, dysenterie épidémique, infections puerpérales (quand le secret n'a pas été réclamé), ophtalmie purulente. L'Acadé-

mie refusa de comprendre dans cette énumération la rougeole proposée par la Commission.

Pharmaciens

Le pharmacien ne reçoit pas en général des confidences directes, mais étant un intermédiaire entre le malade et son médecin, il deviendra souvent le dépositaire de secrets médicaux. Aussi la loi lui impose-t-elle, aussi impérativement qu'au médecin, l'obligation du silence. Cette solution qui se justifie d'elle même était déjà celle de notre ancienne jurisprudence. Merlin, dans son répertoire, nous rapporte que lorsqu'un apothicaire a traité quelque maladie secrète, il doit éviter de la divulguer et Bouchet, dans sa bibliothèque, fait mention d'un arrêt du Parlement de Paris du 9 juillet 1559 par lequel un apothicaire fut condamné à perdre ce qui lui était dû pour avoir décélé une maladie que la prudence ne lui permettait point de révéler.

Nous appliquerons donc aux pharmaciens les principes généraux que nous avons posés; leur situation soulève cependant quelques questions particulières qu'il est intéressant d'examiner.

Le malade peut questionner le pharmacien sur la nature ou les effets des remèdes qui lui sont prescrits. Le praticien devra éviter de donner des renseignements précis ou même de répondre, car nous avons vu que le médecin, dans l'intérêt de la santé de son client, se garde bien souvent de dire à celui-ci toute la vérité sur son état. Le pharmacien, dont l'indiscrétion pourrait avoir de funestes conséquences, devra observer la même conduite. Il est à peine besoin de

dire que le pharmacien devra encore plus soigneusement s'abstenir de fournir les renseignements qui lui seraient demandés par des personnes autres que le malade lui-même. Une telle révélation, même faite à des proches parents du client, constituerait d'abord un grave manquement aux obligations professionnelles et de plus le délit de l'article 378.

Le pharmacien doit-il rendre ou conserver l'ordonnance du médecin, après avoir livré les médicaments ? Bien que cette question ne rentre pas rigoureusement dans le cadre de cette étude, elle mérite cependant, en raison de son importance pratique, un examen rapide. L'ordonnance, à nos yeux, est une correspondance échangée entre le médecin et le pharmacien et à laquelle le client demeure étranger. Comme une lettre missive elle devient la propriété de celui à qui elle est adressée, c'est-à-dire du pharmacien et elle doit rester en sa possession. La pratique contraire généralement suivie, offre de grands inconvénients. Elle peut empêcher le pharmacien, si une question de responsabilité vient à se poser, de fournir sa justification : elle permet de plus au client, en se présentant dans plusieurs officines, de se procurer des quantités considérables de certaines substances que le médecin n'a voulu prescrire qu'à petites doses en raison du danger qu'elles présentent.

CHAPITRE II

DES PROFESSIONS AUXQUELLES S'APPLIQUE L'ARTICLE 378
ET QUI NE SONT PAS DÉSIGNÉES EXPRESSÉMENT PAR CE
TEXTE.

Avocat

Le secret professionnel qui lie à n'en pas douter l'avocat, avant d'être sanctionné par la loi pénale, lui avait été imposé depuis longtemps par les règles fondamentales de sa profession.

La loi romaine considérait déjà l'avocat comme tenu au silence. « Mandatis cavetur, ut præsides attendant ne patroni « in causa cui patrocinium præstiterunt, testimonium « dicant (1) », et Caton exprimait une opinion analogue en disant: « adversus cognatos pro cliente testatur, testimonium adversus clientem nemo dicit.

L'ancienne jurisprudence accueillit avec faveur le principe du secret professionnel. Serpillon (2) cite, il est vrai, quelques arrêts obligeant l'avocat à déposer sur des faits confidentiels. Mornac rapporte aussi un arrêt du Parlement de Paris, en date du 17 mai 1605, admettant cette interpré-

(1) Digeste XXII. V. 25.

(2) Code criminel. p. 447. t. 1.

tation, mais il nous apprend en même temps que cette décision était contraire aux coutumes toujours admises et à la jurisprudence antérieure. Cette atteinte à la loi du secret ne se généralisa pas d'ailleurs et les Parlements ne tardèrent pas à revenir à leur première jurisprudence (1) (arrêt du parlement de Paris du 27 janvier 1728).

Celle-ci était d'ailleurs unanimement approuvée par les juriconsultes et les théologiens. L'avocat général Gilbert Desvoisins s'exprimait ainsi devant le Parlement de Paris le 27 janvier 1828. « On ne peut douter en général que la « foi religieuse du secret ne soit essentielle à la profession « du barreau. L'avocat, le juriconsulte est nécessaire aux « citoyens pour la conservation et ladéfense de leurs biens, « de leur honneur et de leur vie. Il est établi par la loi et « autorisé par l'ordre public dans ses fonctions si impor- « tantes. La confiance de son client lui est surtout nécessaire « pour s'en acquitter et où le secret n'est point assuré, la con- « fiance ne peut être. Ce sont donc les lois elles-mêmes qui, « en instituant l'avocat, lui imposent la loi du secret sans « laquelle son ministère ne peut subsister et ses fonctions « sont impossibles ».

La jurisprudence et la doctrine modernes sont également d'accord pour étendre aux membres du barreau les prescriptions de l'article 378. « Comme le prêtre, l'avocat, disent MM. Chauveau et Faustin Hélie (2), reçoit dans l'exercice de ses fonctions les aveux et la confession des parties : il doit considérer ces révélations comme un dépôt inviolable. La confiance que sa profession attire serait un détestable piège s'il pouvait en abuser au préjudice de ses clients. Le

(1) DOMAT, lois civiles, p. 254. IMBERT. Pratique judiciaire. t. 1. ch. 62 p. 441. JOUSSE. Justice criminelle, t. 11 p. 102. MUYART DE VOUGLANS, p. 786.

(2) Code pénal t. V, p. 4

secret est donc la première loi de ses fonctions, s'il l'enfreint, il prévaut (1). Les Tribunaux (2) ont toujours fait à l'avocat application de l'article 378 et l'ont admis à ne pas déposer sur les faits confidentiels. Cependant un jugement du Tribunal de Condom condamna un avocat pour refus de déposition, mais cette décision fut réformée par le Tribunal supérieur d'Auch. La jurisprudence est même plus favorable au secret professionnel des avocats qu'à celui de tout autre dépositaire de secrets. Cette tendance bienveillante, qui s'explique par le respect scrupuleux que la magistrature professe pour la libre défense, est même, selon nous, poussée trop loin. La jurisprudence, en effet, suivie d'ailleurs par la majorité de la doctrine, voit dans la dispense de déposer en justice un droit, un privilège pour les dépositaires de secrets et en particulier pour les avocats. Si attrayante que soit pour ceux-ci cette théorie, nous croyons bon, en présence des tendances de la jurisprudence et des auteurs, de rappeler que le secret professionnel, institué pour sauvegarder les intérêts du public, ne constitue ni dispense, ni faveur, mais bien une prohibition. L'avocat ne sera pas libre de se taire ou de déposer s'il le juge à propos ; en parlant, il s'exposera aux pénalités de l'article 378.

(1) BLANCHE, op. cit. t. V, p. 546.

GARRAUD, op. cit. t. V, 65.

MERLIN, Rép. v. avocat.

DUPIN. Encyclopédie, v. avocat.

MORIN, Traité de la discipline judiciaire, t. 1, p. 144.

(2) C. 20 janvier 1826. S. 27.1.76.

C. 22 février 1828. S. 28.1.270.

C. 23 juillet 1830. S. 30.1.290.

C. 11 mai 1844. S. 44.1.527.

Rouen, 17 décembre 1858. D. 59.2.163.

C. 24 mai 1862. D. 62.1.545.

C. 12 mars 1886. La loi, 25 mar 1886.

Un privilège résulte cependant pour l'avocat de l'article 378 : c'est le droit de communiquer librement avec son client détenu. En effet, à quoi servirait d'imposer le silence à l'avocat si toutes les confidences lui étaient faites devant témoin ? Cette communication sans témoins, condition essentielle d'une bonne et utile défense, est aujourd'hui accordée sans conteste à l'avocat. La jurisprudence (1) a décidé un instant que le Procureur général et le Président de la Cour d'assises pouvaient ordonner que les communications de l'accusé avec son défenseur n'auraient lieu qu'en présence du geôlier et de deux gendarmes ; mais elle n'a pas tardé à abandonner cette doctrine devant les protestations unanimes des avocats et des magistrats eux-mêmes. Cette violation des droits de la défense et du secret professionnel n'est plus qu'un souvenir à jamais disparu.

L'obligation du secret nous paraît aussi avoir comme corollaire indispensable le droit pour l'avocat de pouvoir refuser les causes qui lui sont confiées, sans avoir à fournir d'explications sur les raisons de son refus. La nécessité d'une justification entraînerait bien souvent la révélation de faits confidentiels. Ce droit reconnu en matière civile (2) est dénié à l'avocat en matière criminelle. Devant la Cour d'assises, l'article 41 de l'ordonnance du 20 novembre 1822 oblige l'avocat à faire agréer par la Cour les motifs de son abstention et le place ainsi dans l'alternative d'accepter une cause qu'il ne veut plaider ou de trahir le secret professionnel. Il serait à désirer qu'une telle disposition disparût de nos lois.

Le secret professionnel de l'avocat donne naissance à certaines obligations dont voici un résumé. Elles ont été éta-

(1) C. 12 juillet 1810. Aff. Maigne, 3 octobre 1822. Aff. Berton.

(2) Riom 11 juillet 1828.

blies soit par les Tribunaux, soit par les Conseils de l'ordre.

Un avocat, qui a reçu d'une partie des confidences ou la communication de certaines pièces, ne peut accepter de plaider contre cette partie dans un procès où ces confidences ou ces pièces pourraient être de quelque importance. (Arrêté, Paris 20 février 1844).

Il ne peut plaider non plus dans une affaire où il a concilié les deux parties. (Arrêté, Paris 6 août 1843).

Quand l'avocat a entendu un client, il ne peut renvoyer son dossier pour se charger de celui de son adversaire. (Arrêté, Paris. 21 juillet 1874).

Il a été jugé qu'à fortiori, constitue un manquement grave à ses devoirs professionnels, le fait par un avocat, après avoir défendu devant le Tribunal correctionnel une cliente poursuivie pour escroquerie, de faire appeler à son cabinet le mari de cette cliente, sous prétexte de l'entretenir d'une affaire importante et de lui inspirer la pensée de porter une plainte en adultère contre sa femme et un individu désigné par la procédure comme étant son amant et ce, dans le but d'obtenir de ce dernier une somme d'argent (1).

Avoués et Agréés

Les avoués qui participent eux aussi à la défense des parties sont compris, pour les mêmes motifs que les avocats, dans les dépositaires de secrets.

Ces obligations remontent fort loin dans notre Ancien Droit (2). « Procurator causa non potest produci in testem

(1) Caen 16 février 1885, Rec. arr. Caen et Rouen 1885 1. 124.

(2) Conf. Bornier, Ordonnance de Louis XIV t. 11. p. 74. Guy. Pape quæst 45 et son annotateur Charrier. p. 314. Jousse. Administration de la justice civile t. 2. p. 499 et justice criminelle. t. 2. 103.

« nec cogi ad hoc. Hoc fuit dictum anno 1386, sed non per
« arrestum. Papon » (liv. IX tit. 1. art. 30).

Dans notre droit cette doctrine, qui a été contestée par un jugement du Tribunal de Nevers du 16 décembre 1829, n'est plus aujourd'hui discutée (1).

Devant certaines juridictions, le soin de la défense est fréquemment confié à des personnes qui, quoique non pourvues du titre d'avocat, font cependant leur profession de l'exercice de la plaidoirie. Il ne faut pas moins exiger d'elles que des avocats régulièrement inscrits. Leurs fonctions sont certainement de nature à exiger de la discrétion et doivent par suite faire naître l'obligation du secret.

Devant les Tribunaux de Commerce, les agréés remplacent souvent les avocats. Ils n'ont pas à proprement parler d'existence légale, mais leur institution est presque contemporaine de celle des Tribunaux consulaires. L'investiture qu'ils ont reçue, le serment qu'ils ont prêté, la discipline à laquelle ils sont soumis, en font de véritables avocats-avoués. La confiance des justiciables leur est acquise et doit recevoir protection. On a cependant refusé de faire application aux agréés de l'article 378, par ce motif qu'ils n'ont aucun caractère légal ou officiel et qu'ils sont seulement des hommes que les Tribunaux de Commerce, en les agréant auprès d'eux, recommandent d'une manière plus particulière à la confiance de ceux qui ont des procès devant leur juridiction. Les agréés ne sauraient donc invoquer le secret professionnel comme les avocats qui sont reconnus par la loi. Cette raison ne nous arrêtera pas. Nous

(1) Cass. 23 juillet 1830. D. 30-1-321 Cass. 18 juin 1835-S-35-1-920. Glan-doz V. avoué N. 55. Duverger. Manuel des juges d'instruction t. 2. N. 263. Muteau op. cit. p. 452. Blanche t. V. 547. Chauveau et Faustin Hélie. Code pénal. V. p. 5. Garraud op. cit. t. V. p. 65.

avons montré que c'est en raison de leur profession et des nécessités de la défense que les agréés reçoivent les confidences qui leur sont faites. Il s'ensuit que logiquement ces confidences doivent être protégées par le secret professionnel, comme celles faites aux avocats et aux avoués.

La jurisprudence a consacré l'opinion que nous soutenons. Rouen 17 décembre 1838) (1).

Certains auteurs ont voulu restreindre la portée de cette décision, parce qu'en l'espèce il s'agissait d'un agréé ayant (le titre d'avocat comme ayant antérieurement prêté serment. La Cour, a-t-on dit, a fait application de l'article 378, non à l'agréé, mais à l'avocat. Nous estimons qu'il faut soigneusement distinguer le titre et l'exercice de la profession. On n'exerce la profession d'avocat qu'à la condition d'être inscrit au tableau des avocats ; il ne suffit pas pour cela d'avoir prêté serment. L'exercice de la profession, et non le titre nu d'avocat, donne seule naissance au secret professionnel.

L'arrêt de Rouen a, en réalité, consacré le secret professionnel des agréés ; un des considérants est d'ailleurs significatif. « Attendu que B... exerce une profession qui exige, pour la libre défense des citoyens, une confiance sans réserve de la part du client et une discrétion absolue de la part de celui qui prête son ministère dans la mesure où sa conscience lui ordonne de garder le secret ».

Notaires

Malgré les nombreuses divergences de la doctrine et de la jurisprudence, nous n'hésiterons pas à ranger les notaires

(1) D. 59. 2. 454.

parmi les personnes astreintes au secret professionnel. Il ne sont pas, en effet, de simples rédacteurs d'actes, ils deviennent souvent les conseils des parties et reçoivent fréquemment de graves communications.

L'Ancien Droit présentait sur la matière des contradictions et des hésitations qui n'ont pas été sans influence sur la doctrine et la jurisprudence modernes.

Serpillon (1) étendait le secret professionnel aux notaires. « Toutes les règles concernant les avocats ont lieu à l'égard des procureurs, notaires et toutes autres personnes publiques auxquelles on a confié des faits concernant leur état et leur profession ; » mais il détruisait lui-même la portée de cette règle, en ajoutant : « Ce serait un abus de prétendre qu'ils ne seraient pas obligés de déposer contre leurs clients pour des faits qu'ils ne savent d'ailleurs que par l'exercice de leur profession ».

Ferrières (2) se contente de dire : « Comme les notaires sont dépositaires du secret des familles, ils sont dispensés de porter témoignage dans les choses qui concernent le fait de leurs charges et de révéler le secret des parties ». Jousse (3) assimile également les notaires aux avocats et aux procureurs.

La loi se bornait à défendre aux notaires de communiquer leurs actes, sauf aux parties (article 177 de l'ordonnance de François 1^{er} d'août 1539). Et Denizart (4) nous apprend qu'on faisait application aux notaires de l'article 3 titre 6 de l'ordonnance de 1670 qui portait que « toutes personnes assignées pour être ouïes en témoignage, recolées ou confron-

(1) Code criminel, t. 1, p. 448.

(2) t. II, p. 239. V^o Notaire.

(3) Justice criminelle t. 2, p. 104.

(4) V^o Notaire n^o 127.

tées, seront tenues de comparoir pour satisfaire aux assignations et pourront les laïcs yêtre contraints par amende ». Denizart ajoute qu'il serait bien extraordinaire que les notaires, simples rédacteurs des volontés des parties, fussent dispensés de rendre hommage à la vérité. A l'appui de sa thèse, il cite deux arrêts de la Grande Chambre du Parlement de Paris, l'un du 19 janvier 1743, l'autre du 6 février de la même année. Ce dernier arrêt obligeait un notaire à faire connaître le prix exact d'une vente passée devant lui.

Le droit moderne a vu se reproduire cette théorie.

Une première opinion (1) refuse de voir dans les notaires des dépositaires de secrets. « Leur profession ne les appelle « pas comme les avocats ou les avoués à exercer le droit sa- « cré de la défense, ils n'ont point à recueillir, pour diriger « cette défense, des aveux ou des révélations; ils ne sont « même pas dépositaires des secrets des parties, car leur « mission se borne rigoureusement à recevoir les conven- « tions et à les traduire fidèlement dans les actes (2). » Leur situation, au point de vue de l'obligation du secret, est réglée, non par l'article 378 du Code Pénal, mais par l'article 23 de la loi du 23 ventôse an XI ainsi conçu : Les notaires ne pourront sans l'ordonnance du Président du Tribunal de première instance délivrer expédition ni donner connaissance des actes qu'aux personnes intéressées en nom direct, héritiers ou ayants-droits, à peine de dommages-intérêts, d'une amende de cent francs, et d'être, en cas de récidive, suspendus de leurs fonctions pendant trois mois.

(1) LEGRAVEREND t. 2. 262.

DUVERGER. Manuel des juges d'instruction t. 11. n° 264.

(2) CHAUVEAU et FAUSTIN-HÉLIE Code pénal. t. V. p. 7.

Cette opinion, qui a été consacrée par un arrêt de la Cour de Cassation en date du 23 juillet 1830 (1), (affaire Cressent) nous paraît mal fondée de tous points. C'est méconnaître singulièrement le caractère des fonctions du notaire que de l'assimiler à un simple rédacteur d'actes. N'est-il pas plus conforme à la vérité des faits de voir en lui le conseil nécessaire des parties, chargé de les éclairer sur les conséquences des actes et de s'assurer par lui-même de la vérité des faits. M. l'Avocat Général Plougoum (2) faisait d'eux, non-seulement les conseils des parties, mais en quelque sorte des confesseurs judiciaires. L'argument tiré de la loi de ventôse est loin d'être concluant. L'article 23 de cette loi règle un cas spécial, différent de celui de l'article 378. Il régleme les conditions du dépôt et de la communication des minutes dont le notaire reste nanti, mais il n'a pas trait aux confidences que le notaire peut recevoir dans son cabinet. A ce dernier point de vue, il nous semble que l'assimilation du notaire avec les autres dépositaires de secrets s'impose.

Cette assimilation complète n'a pas été admise par la Cour de Cassation. Sans doute elle a décidé que les notaires étaient au nombre des personnes auxquelles l'article 378 défend de révéler les secrets qu'on leur confie, mais elle introduit une distinction regrettable en déclarant que le notaire ne peut se refuser à déposer que si les faits lui ont été confiés sous le sceau du secret (3). Il est à désirer que la juris

(1) S. 30.1.290.

(2) 10 juin 1853. Aff. Lamarre.

(3) 10 juin 1853. D. 53. 1. 205. Aff. Lamarre 7 avril 1870. D. 70. 1. 185. Aff. Diehl. Un arrêt de la Cour d'assises du Lot-et-Garonne dispensa un notaire de déposer, mais ce notaire avait fait préalablement le serment que les faits portés à sa connaissance l'avaient été sous le sceau du secret. Pandectes. 88. 2. 75.

prudence fasse disparaître cette singulière restriction qu'elle ne pose plus au secret professionnel des avocats ou des médecins. Elle avait adopté autrefois, en ce qui concerne ces derniers, une théorie analogue; les derniers arrêts se sont montrés plus larges et il est infiniment probable, qu'appelée de nouveau à se prononcer, la Cour suprême ferait aux notaires l'application de la théorie que nous soutenons et qui reconnaît seule le véritable caractère des fonctions notariales.

Des arrêts déjà anciens, notamment un arrêt de la Cour de Montpellier du 24 septembre 1827 (1), l'ont d'ailleurs déjà sanctionnée: « Attendu que l'article 378 du Code Pénal qui s'exprime d'une manière générale et *per modum exempli* comprend virtuellement les notaires dans l'exception qu'il détermine; attendu que les notaires ne sont pas des officiers purement ministériels et instrumentaires, qu'ils sont appelés par leurs fonctions, non seulement à rédiger des actes, mais aussi à diriger par leurs conseils la conduite de leurs clients et à leur faire connaître la nature et l'étendue de leurs obligations par l'interprétation et l'application des lois qui y sont relatives; que c'est à ce titre qu'ils participent aux devoirs des jurisconsultes et qu'ils exercent une sorte de juridiction volontaire; que ce caractère leur a toujours été reconnu, soit par les différentes commissions législatives chargées de l'examen des lois relatives à leur organisation, soit par les premières lois de leur établissement selon lesquelles ils étaient désignés par Charlemagne et Saint-Louis sous le nom de *Judices Chartuarii*, que c'est surtout cette dernière attribution de leurs fonctions qui est la source de la confiance publique qui les investit de la

(1) S. 28. 2. 127.

considération qui s'attache à leurs personnes comme fonctionnaires publics; attendu qu'ils ne peuvent, sans manquer aux devoirs les plus rigoureux et les plus délicats de leur état, dévoiler la connaissance des faits qui leur ont été confiés dans le silence du cabinet, qu'aucune autorité ne peut alors les affranchir de la nécessité du secret, que rien ne s'oppose d'ailleurs à ce qu'ils se lient plus étroitement encore par la religion du serment, lequel ne fait qu'ajouter, en ce cas, à la rigueur de l'inviolabilité de leur engagement (1) . . .

C'est cette jurisprudence que nous voudrions voir se reproduire.

Magistrats

Les magistrats ne sont pas seulement soumis au secret professionnel par l'article 378. Un devoir spécial, qu'il prête serment de remplir fidèlement, leur incombe en outre, celui de conserver religieusement le secret des délibérations. Le secret des délibérations a été de tout temps prescrit aux magistrats et aux officiers de justice. Une ordonnance de Philippe de Valois de 1344 portait : « Post arrestorum prolationem, nullus cujus opinionis fuerint domini, debet aliis « revelare ; contrarium vero faciens, perjurii poenam noverit « se incurrisse ». D'après d'Aguesseau, cette règle s'appliquait à tous ceux qui, par leur fonction ou emploi, avaient connaissance de la discussion dans le délibéré : présidents, conseillers, avocats et procureurs généraux, greffiers, huissiers, secrétaires et clercs du greffe.

(1) Conf. Moulins 22 avril 1828. Bordeaux. 16 juin 1835,

Nos lois sur les délibérés ont maintenu ces prescriptions salutaires. La loi du 26 mars 1793 avait ordonné que chaque juge opinerait à voix haute, mais elle ne tarda pas à être abrogée par l'article 208 de la constitution de l'an III, aux termes duquel les juges doivent délibérer en secret, ce qui est pour eux une recommandation d'éviter la révélation de leurs opinions individuelles.

L'article 309 du Code d'Instruction Criminelle étend cette disposition aux magistrats composant les Cours d'assises.

Les lois des 9 septembre 1835 et 13 mai 1836 ordonnent aux jurés de garder le secret sur leurs votes.

De ce secret imposé aux juges découlent diverses conséquences : Tout juge doit accepter la responsabilité du jugement auquel il a participé, il lui est interdit de faire connaître qu'il a été dissident. C'est avec raison que la Cour de Cassation a vu un acte illégal dans le fait d'un juge indiquant, en signant un jugement, qu'il avait été d'un avis contraire à celui de la majorité (1). « De telles protestations blessent la dignité de la magistrature en révélant le secret des discussions qui se sont agitées dans le sein d'un corps judiciaire, des erreurs qui y ont été soutenues et même des passions qui ont pu y faire entendre leurs voix. Elles portent atteinte au respect dû à la chose jugée, car elles font connaître l'opposition qu'a rencontré l'avis de la majorité et elles provoquent le public à se ranger du côté de cette opposition (Lettre du Garde des Sceaux 1822). »

De même les magistrats dans leur arrêt, pas plus que les jurés dans leur verdict, ne pourraient faire connaître à quelle majorité leur décision a été prise (2).

(1) C. 28 mai 1847. S. 47.1.547.

C. 27 juin 1822. Journal du Palais. t. XVII. p. 457.

(2) C. 24 février 1837. S. 37-1-448, 9 juin 1843. S. 43.1.718.

L'article 378 ne sanctionne pas le secret des délibérations. Le magistrat qui trahirait ce secret manquerait gravement à ses devoirs professionnels, mais des poursuites disciplinaires et non correctionnelles seraient seules possibles. C'est d'ailleurs l'opinion qui résulte d'un jugement du Tribunal de la Seine du 26 mars 1884 (1), rendu contre un juré qui avait, après une condamnation, écrit au journal « Le Cri du peuple », une lettre dans laquelle il dégageait sa responsabilité. Ce juré fut poursuivi non pour le délit de l'article 378, mais pour la violation de l'article 39 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881.

Mais le magistrat est en outre tenu au secret professionnel dans le sens de l'article 378 du Code Pénal. On comprend sans peine que ce secret est indispensable pour garantir les confidences qui lui seront fréquemment faites au cours de sa vie judiciaire. Il est de toute nécessité, par exemple, que le Président du Tribunal garde secrets les faits qu'il a pu apprendre lors de la comparution de deux époux en instance de divorce ou de séparation de corps ou ceux qui ont déterminé un père à demander l'incarcération de son fils par application des articles 375 et suivants du Code Civil. Ce ne sont là que des exemples, mais ils sont frappants.

La Cour de Cassation a affirmé ses principes, le 18 août 1882 en rejetant un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Pau du 12 juillet 1882 (2).

Par application il a été jugé notamment que le Président du Tribunal de première instance ne peut être appelé comme témoin dans l'enquête qui précède une séparation de corps pour y déposer sur les aveux que l'un des époux aurait faits devant lui lors de la comparution exigée par l'article 878 du

(1) Gazette des Tribunaux, 27 mars 1884.

(2) S. 85. 1. 141.

Code de Procédure Civile (1). De même les juges de première instance ne peuvent être entendus comme témoins dans une enquête ordonnée en appel sur les faits qu'ils ont eu à apprécier dans leur jugement (2).

Il faut étendre l'obligation du secret, non seulement aux magistrats de tout ordre, mais aussi aux personnes qui peuvent être appelées à faire partie d'une juridiction quelconque, aux avocats siégeant comme magistrats, aux membres d'une juridiction disciplinaire, Chambre des notaires, des avoués, Conseil de l'ordre des avocats, etc, et aux arbitres eux-mêmes, dépositaires bien souvent de faits confidentiels. Un arrêt de la Cour de Caen (3) a déclaré que les membres du bureau d'assistance judiciaire n'étaient pas tenus de révéler, dans une enquête civile, les faits dont ils n'ont eu connaissance qu'en cette qualité. La Cour d'Angers en avait déjà décidé ce même à l'égard des membres d'une juridiction ecclésiastique (4) (31 mars 1841). Elle dispensa l'Évêque d'Angers, cité comme témoin dans un procès correctionnel dirigé contre un ecclésiastique de son diocèse, de déposer des faits dont il avait acquis la connaissance à la suite d'une enquête canonique ouverte par lui contre l'ecclésiastique inculpé. La même décision fut rendue à l'égard de deux prêtres délégués par l'Évêque pour procéder à cette enquête.

Ministres du Culte

Les canons de l'Eglise catholique sont d'accord avec la loi

(1) Amiens, 30 mars 1822. Dalloz V. Enquête 262.

(2) Douai 11 janvier 1844. S. 44. 2. 392.

(3) Caen 18 avril 1877. D. 77. 5. 194.

(4) S. 41. 2. 225.

pénale pour imposer aux prêtres le silence le plus absolu sur les révélations faites en confession. « De illis quæ homini
« sunt commissæ in secreto per confessionem nullo modo de-
« bet testimonium ferri, quia hujusmodi non scit ut homo,
« sed tanquam Dei minister et majus est vinculum sacramen-
« ti quolibet hominis procepto. » (St-Thomas. Somme. quæst
70. art. 1 in corp.) Notre ancien droit avait reconnu cette obligation (1) et la sanctionnait par des peines terribles en punissant de l'incarcération et même du dernier supplice le prêtre qui avait, en divulguant les faits à lui confiés, violé le secret de la confession. Le respect de ce secret était tel que dans l'affaire Brinvilliers les juges refusèrent de prendre en considération une confession générale écrite par l'accusée et trouvée dans ses papiers. Dans cette confession cependant la marquise de Brinvilliers faisait l'aveu de tous ses crimes, reconnaissant elle-même avoir empoisonné son père et ses deux sœurs.

Quoique généralement admise, l'obligation du secret faisait cependant doute dans un cas particulier. Certains auteurs (2) pensaient que si le prêtre connaissait, même par une révélation qui lui avait été faite au Tribunal de la pénitence, un crime de lèse majesté, il était de son devoir de dénoncer à la justice le nom du coupable. Mais Farinacius (3) et avec lui tous les théologiens protestaient hautement contre cette théorie et soutenaient que le prêtre devait garder sur les faits parvenus à sa connaissance par la

(1) HÉRICOURT. Lois ecclésiastiques. p. 330.

DURAND DE MAILLANE V^e confesseur.

JOUSSE t. 2. p. 98.

MUYART DE VOUGLANS p. 786.

(2) JOUSSE Traité de la justice criminelle. p. 99.

SERPILLON. Cod. crim. t. 1 p. 68.

(3) Quest. 51. n^o 935.

voie de la confession le silence le plus complet et le plus absolu et cela quelle que soit la nature de la confidence.

Dans notre droit actuel, le secret professionnel des prêtres n'est pas discuté, au moins s'il s'agit de faits qui leur ont été révélés en confession. L'année même de la promulgation du Code Pénal (30 novembre 1810), la Cour de Cassation consacrait la théorie de l'ancien droit. Mais chose bizarre, ce n'est pas sur l'article 378 que la Cour de Cassation étaya son système, mais bien sur les lois organiques qui régissent la constitution de l'Eglise et sur des considérations de morale et d'utilité sociale. Mais néanmoins, malgré cette base défectueuse, la Cour avait nettement dégagé le principe en déclarant que la confession tient essentiellement au rite de la religion catholique, qu'elle cesserait d'être pratiquée dès l'instant où son inviolabilité cesserait d'être assurée, que les magistrats doivent donc respecter et faire respecter le secret de la confession et qu'un prêtre ne peut être tenu de déposer ni même interrogé sur les révélations qu'il a reçues dans cet acte de religion, hors les cas qui tiennent immédiatement à la sûreté de l'Etat.

Cette théorie a reçu la pleine approbation des auteurs.

Il est hors de doute, dit M. Faustin Hélie (1), que les ecclésiastiques ne peuvent être tenus de déposer sur les révélations qu'ils ont reçues dans l'acte de la confession, non comme hommes, mais comme ministres de Dieu, car l'inviolabilité de la confession tient essentiellement aux rites de la religion catholique et cette religion est placée sous la protection de l'Etat (2).

(1) Revue critique de législation et de jurisprudence t. 13 année. 1841, p. 282.

(2) MERLIN. Rép. V^o confesseur.

LEGRAVEREND. Légis. crim. t. 1. p. 268. — DALLOZ rép. V^o Confesseur. — BLANCHE op. cit. 544. — Cassation Belgique 5 février 1877. S. 78. 2. 21. Tribunal de Grenoble. 24 mai 1882. S. 82. 2. 48.

Mais, en dehors de la confession, le prêtre peut recevoir des confidences en raison de son caractère sacerdotal. Est-il tenu d'en déposer en justice, ou peut-il refuser son témoignage ? Cette question, la seule discutable à propos du secret professionnel des ministres du culte, a fait l'objet de vives controverses.

Merlin, en portant la parole devant la Cour de Cassation dans l'affaire du prêtre La veine qui fut tranchée par l'arrêt du 30 novembre 1810, prétendit que le prêtre pouvait invoquer le secret professionnel seulement pour les faits qui étaient parvenus à sa connaissance par la voie de la confession. Ce fut également cette thèse qui fut développée par le Procureur Général Gaultier devant la Cour d'Angers en 1841 (1). Enfin Faustin Hélie, dans un article de la *Revue Critique*, soutient énergiquement cette interprétation restrictive de l'article 378. L'obligation de déposer, dit-on, s'étend à toute personne. Voici la règle générale à laquelle l'article 378 apporte une exception, mais cette exception, nous ne devons pas l'étendre. Ni les évêques ni les autres ecclésiastiques ne peuvent invoquer une autre exception que celle résultant de la confession, une autre inviolabilité que l'inviolabilité du sacrement. Et l'on ajoute que l'ancien droit ne voyait dans le prêtre, en dehors de l'exercice de son ministère, qu'un témoin ordinaire qui devait apporter son témoignage à la justice.

Ce système a reçu une consécration judiciaire de la part de la Cour de Cassation belge (2) dans un arrêt du 5 février 1877.

Malgré l'autorité des auteurs qui lui ont apporté leur appui nous n'hésiterons pas à l'écarter.

(1) Angers. 31 mars 1841. S. 41. 2. 225.

(2) S. 78. 2. 21.

L'argument qu'on voudrait tirer de notre ancien droit est loin d'être probant, les décisions qu'on invoque sont toutes des décisions d'espèces d'où l'on ne saurait déduire une théorie générale.

Le siège de la matière est dans l'article 378 et c'est là que nous devons chercher la solution de notre question. Or, cet article ne parle ni du sacrement de la pénitence ni de tout autre dogme de la religion, il impose seulement l'obligation au secret à toute personne dépositaire par état ou profession d'un secret qui lui a été confié. Les prêtres catholiques sont certainement visés par cet article. Qu'importe alors que ces secrets leur aient été révélés par la voie de la confession ou en dehors de ce sacrement. Le secret demeure le même et le prêtre n'en est-il pas le confident à un titre plus sacré encore que le médecin ou l'avocat, l'avoué ou le notaire. Le croyant s'adresse au prêtre, même en dehors de la confession non comme homme, mais comme ministre d'un culte pour lui demander un conseil ou l'aide de la religion et peut-on prétendre que le secret est moins sacré parce que le prêtre n'a pas eu à administrer, lors de la révélation, le sacrement de la pénitence ? n'est-ce donc pas en raison des fonctions qu'il exerce qu'il a recueilli la confiance ?

Et d'ailleurs, où donc est la ligne de démarcation entre la confession qui est un sacrement et l'aveu qui n'en est pas un ? Comment déterminer un critérium certain ? M. de Cormenin a mis éloquemment en lumière ces subtilités (1). « Peu importe, dit-il, que la révélation ait été faite sous le sceau de la confession. Qui êtes-vous pour savoir comment

(1) *Gazette des Tribunaux*. 12 mars 1841.

ceux qui l'ont faite l'ont faite et comment ceux qui l'ont reçue l'ont reçue. Nous direz vous ce qui est confession et ce qui ne l'est pas ? Qui vous a donné pour cela une mission ? Etes vous des théologiens ou des juges ? Lorsque le vénérable aumônier qui accompagne le condamné à mort dans sa charrette quitte en pleurs le pied de l'échafaud, est-ce que le juge d'instruction le fait venir dans son cabinet pour l'ouïr sur les révélations de culpabilité ou de complicité que le mourant a pu faire ? Le juge lui proposerait-il cette subtile distinction entre une simple confidence et une confession régulière ? Pour le lui donner à savoir, le prêtre n'aurait qu'à renvoyer le juge à Dieu ».

La théorie que nous venons d'exposer, avec l'appui de MM. Muteau et Villey, vient d'être admise d'une façon formelle par la Cour de Cassation. Soumise une première fois à la Cour suprême en 1810, la question avait été résolue en termes si peu clairs que les partisans de l'un et de l'autre système avaient cru pouvoir invoquer chacun dans le sens de leur opinion l'arrêt déjà cité du 30 novembre 1810. En 1841, la question fut portée devant la Cour d'Angers qui décida, contrairement aux conclusions du Procureur général Gaultier qu'il y avait lieu d'étendre aux faits connus par le prêtre, en dehors de la confession, l'obligation du secret (1).

Par arrêt du 4 novembre 1891, rendu après un remarquable rapport de M. le Conseiller Sallantin, la Cour de Cassation a consacré ce que nous croyons être les véritables principes qui doivent régir notre matière. Cette décision est trop nette et fait cesser de trop vives discussions pour ne

(1) 31 mars 1841, S. 1841-2-225.

pas exposer succinctement les faits de la cause et les motifs de l'arrêt.

Le 22 août 1891, M. B., peintre en bâtiments, tira deux coups de pistolet sur M. D. qu'il soupçonnait d'être l'amant de sa femme. B. fut arrêté et une instruction du chef de tentative de meurtre fut ouverte contre lui. Le 3 septembre, le juge d'instruction de Vire adressa une commission rogatoire au juge de paix de St-Sever à l'effet d'entendre divers témoins et notamment M. Fay, desservant la commune de Pont-Farcy. Cette commission rogatoire était ainsi conçue :
« Le curé de Pont-Farcy dira s'il n'est pas vrai que dans le
« courant du mois de décembre dernier M^{me} B. est allée le
« trouver pour le prier d'intercéder pour elle auprès de son
« mari et d'empêcher celui-ci, auquel elle avait avoué qu'elle
« l'avait trompé, d'abandonner le domicile conjugal. Quels
« aveux a-t-elle faits au témoin dans la circonstance ? Lui a-
« t-elle dit que l'individu avec lequel elle avait trompé son
« mari était D. Le témoin a-t-il fait près du mari, la démar-
« che qui lui était demandée et que s'est-il passé à ce mo-
« ment ? Le témoin a-t-il eu connaissance que des lettres
« avaient été échangées entre D. et M^{me} B. pendant leur
« liaison et n'a-t-il pas vu une de ces lettres. Le témoin dira au
« surplus tout ce qu'il peut savoir d'utile pour l'instruction ».

Devant le juge de paix l'abbé Fay refusa de répondre en se retranchant derrière le secret professionnel. Devant le magistrat instructeur il persista dans son refus et le 15 septembre, il fut condamné à 100 fr. d'amende pour refus de déposer comme témoin, par le motif que les faits sur lesquels il était appelé à déposer ne lui avaient pas été confiés dans le secret de la confession sacramentelle. Pourvoi en Cassation et arrêt, qui le déchargea de la peine prononcée contre lui, et duquel nous extrayons quelques considérants.

« Attendu que les ministres des cultes légalement reconnus sont tenus de garder le silence sur les révélations qui ont pu leur être faites à raison de leurs fonctions, que pour les prêtres catholiques il n'y a pas lieu de distinguer s'ils ont eu connaissance des faits par la voie de la confession ou en dehors de ce sacrement, que cette circonstance, en effet, ne saurait changer la nature du secret dont ils sont dépositaires, si les faits leur ont été confiés dans l'exercice exclusif de leur ministère sacerdotal et à raison de ce ministère, que cette obligation est absolue et d'ordre public ».

Nous nous sommes occupés jusqu'ici des prêtres catholiques ; nous n'hésiterons pas à donner les même solutions s'il s'agit de pasteurs protestants ou de rabbins israélites. Ils sont appelés, en effet, à remplir les mêmes devoirs que ceux qui rentrent dans les attributions des prêtres catholiques. Le rôle du ministre d'un culte est le même quel que soit ce culte. Dépositaire par état des secrets les plus intimes des fidèles, il doit inspirer à tous une confiance entière.

L'article 36 de l'édit de Nantes déclarait que les ministres de la religion réformée ne pouvaient être contraints de répondre en justice en qualité de témoins pour les choses qui auraient été révélées en leur consistoire, lorsqu'il s'agirait de censures, sinon que ce soit pour choses concernant la personne du Roi ou la conservation de son Etat. « Sommes-nous moins libéraux qu'on ne l'était au XVI^e siècle et la loi moderne a-t-elle voulu révoquer une deuxième fois l'édit de Nantes » (Sallantin. Rapport devant la Cour de Cassation). Evidemment non et avec MM. Muteau et Cubain (1) nous conclurons qu'aucune distinction ne saurait être faites entre les ministres des divers cultes.

(1) CUBAIN. Proc. devant la Cour d'assises p. 460.

MUTEAU op. cit. 421.

De même nous étendrons l'obligation du secret professionnel aux religieux, qui n'administrent pas la confession, et aux religieuses. La confiance qui peut leur être faite ne s'adresse pas à l'homme, mais à la profession, elle a été provoquée, à n'en pas douter, par le caractère sacré du confident.

Agents de change

L'obligation du secret est la conséquence nécessaire du mode de formation des contrats auxquels les agents de change servent d'intermédiaire; l'acheteur et le vendeur restent étrangers l'un à l'autre, le contrat se forme entre leurs agents de change respectifs. Cette obligation a toujours été considérée comme étant de l'essence même des opérations faites par l'intermédiaire des agents de change. L'article 8 du règlement d'octobre 1706 (1) la mentionnait déjà et elle a été reproduite par l'article 4 du règlement de 1720. L'arrêt du Conseil du 24 septembre 1724, portant établissement d'une bourse dans la Ville de Paris pour les négociations des lettres de change, billets au porteur et à ordre et autres papiers commercables et des marchandises et effets, contenait dans son article 36 : Les agents de change ne pourront nommer, dans aucun cas, les personnes qui les auront chargés de négociations, auxquelles ils sont tenus de garder un secret inviolable et de les servir avec fidélité dans toutes les circonstances de leurs négociations, soit pour la nature et la qualité des effets ou pour le prix d'iceux, et ceux qui seront con-

(1) Statuts et règlements pour les Conseillers du Roy, agens de banque, change, commerce et finance de la Ville de Paris, créés par édit du mois de décembre 1705.

vaincus de prévarication seront condamnés à réparer le tort qu'ils auront fait et, en outre, aux peines portées par l'article 29. Ce dernier article prononçait la destitution et 3000 livres d'amende.

Le principe du secret est aujourd'hui déposé dans l'article 19 de l'arrêté du 27 Prairial au X. « Les agents de change « devront garder le secret le plus inviolable aux personnes « qui les auront chargés de négociations, à moins que les « parties ne consentent à être nommées ou que la nature de « l'opération ne l'exige. »

Cet article fait aux agents de change une situation spéciale qu'il importe de bien fixer. Toutefois il faut nous demander auparavant quelle est la sanction de l'obligation du secret imposé aux agents de change. L'article 19 de l'arrêté de Prairial an X n'en contient aucune. Certains auteurs (1) ont pensé qu'il fallait la chercher dans les dispositions de l'arrêt du Conseil de 1724. Nous ne pouvons nous rallier à cette doctrine. L'arrêté de Prairial a abrogé l'arrêt de 1724, en en reproduisant seulement certaines dispositions et en gardant le silence sur les pénalités. On ne peut prétendre qu'il y ait là deux textes dont l'un est plus explicite que l'autre et qui doivent recevoir application, chacun dans le cercle de leurs prévisions.

M. Muteau (2) fait application aux agents de change de l'article 378; mais la loi a fait du secret des agents de change une obligation particulière qui diffère sur bien des points du secret professionnel imposé par l'article 378. Ce n'est plus le secret professionnel absolu que nous avons étudié, l'arrêté de Prairial y apporte lui-même deux restrictions formelles

(1) ROYER, op. cit. 225.

(2) p. 448, op. cit.

et la pratique en a posé d'autres à bon droit. On ne peut donner la même sanction aux obligations si différentes de l'agent de change et des médecins, avocats ou prêtres.

En résumé, ni l'arrêt de 1724, ni l'article 378 du Code Pénal ne sont applicables. L'arrêt de Prairial n'aura donc pas de sanction pénale. L'agent de change qui violerait le secret professionnel s'exposerait seulement à des poursuites et à des peines disciplinaires. Nous accorderions, en outre, au client qui se trouverait lésé par des révélations indiscretes une action civile en dommages intérêts. Telle nous paraît avoir été la pensée du législateur. En l'an X, après avoir abrogé les peines établies en 1724, il donne à entendre par son silence qu'il ne veut plus recourir aux sanctions pénales. Rien dans le Code Pénal ne fait prévoir qu'il ait voulu revenir en 1810 sur la théorie adoptée quelques années auparavant.

Cette solution se justifie d'ailleurs fort bien, l'article 378 est basé avant tout sur un intérêt d'ordre général et social. De là la nécessité d'une sanction pénale. Le secret n'est imposé aux agents de change que dans l'intérêt exclusif des particuliers qui peuvent disposer à leur gré de ce secret. Il est naturel que le législateur ait pensé que la surveillance des Chambres syndicales était suffisante pour assurer l'application de l'article 19 de l'arrêt de Prairial.

Bien que les agents de change ne rentrent pas dans les prévisions de l'article 378, il nous faut néanmoins étudier le secret qui leur est imposé. C'est en somme un secret professionnel qui présente des particularités intéressantes.

L'arrêt du 27 Prairial, après avoir établi l'obligation du secret, y apporte deux restrictions. Cette obligation cessera, lorsque les parties consentiront à être nommées ou que la nature de l'opération l'exigera. D'après la majorité des auteurs et la jurisprudence, il en sera de même si la révélation est deman-

dée par la justice. Examinons rapidement ces trois cas où la révélation devient licite.

Consentement des parties. — Cette exception, qui fait du secret des agents de change une obligation toute différente de celle de l'article 378, ne soulève aucune difficulté. La jurisprudence admet que le consentement tacite des parties peut relever de son secret l'agent de change. Ordinairement l'agent de change sert d'intermédiaire entre l'acheteur et le vendeur qui restent étrangers l'un à l'autre. Mais deux personnes peuvent s'être mises au préalable d'accord et n'avoir recours au ministère de l'agent de change que pour régulariser une opération qu'elles ne peuvent faire elles-mêmes. Un arrêt de la Cour de Lyon (1) a admis que, dans ce cas, le secret professionnel n'existait plus; les parties ayant traité entre elles, connaissant respectivement leurs noms et qualités.

Nature de l'opération. Certaines opérations entraînent inévitablement la révélation du nom des parties contractantes. Telles sont les négociations d'effets qui n'ont de valeur qu'en raison du crédit et de la solvabilité des débiteurs, lettres de change ou billets à ordre. De même les transferts de rente ordonnés par jugement ou faits dans l'intérêt d'un incapable. Les autorisations spéciales, nécessaires dans ces derniers cas pour la régularité de l'opération, ne sont pas conciliables avec l'obligation du secret.

Mais la question a été surtout discutée et s'est posée en pratique à l'occasion des recours à exercer par les souscripteurs ou cessionnaires d'actions non entièrement libérées, auxquels on réclamait les sommes nécessaires pour cette libération.

Pour permettre l'exercice de ce recours, les agents de

(1) 31 juillet 1883. D. 84. 2. 181.

change devraient faire connaître les noms des personnes devenues acquéreurs de ces actions. Sans entrer dans le détail de discussions fort longues qui nous entraîneraient bien au delà des limites de notre sujet, il est bon d'établir la théorie appliquée en pratique.

Il résulte de la jurisprudence que le secret professionnel imposé aux agents de change est absolu et ne saurait céder devant cette seule considération qu'il y aurait intérêt à connaître de l'agent de change le nom de l'acquéreur des titres (1). Il faut que le recours du souscripteur dérive du contrat de cession, que l'opération puisse donner lieu à une action directe de l'un des contractants contre l'autre. Si le cédant ne puise aucun droit dans la nature de l'opération qu'il a faite en bourse par l'intermédiaire d'un agent de change, il est sans qualité pour contraindre cet agent à révéler le nom du cessionnaire.

Un arrêt de Cassation du 8 août 1882 (2) imposait, il est vrai, la révélation quelle que soit la nature du recours, mais il n'était qu'une décision d'espèce et ne posait pas une théorie générale.

Un arrêt du 29 juin 1885 (3) sur pourvoi contre un arrêt de la Cour de Lyon du 2 juillet 1883, a résolu la question dans le sens que nous indiquons. Nous reproduisons cet arrêt malgré sa longueur, car il résume très fidèlement l'état de la jurisprudence et les arguments invoqués.

« Attendu que, d'après le pourvoi, la cession d'actions non entièrement libérées dans une Société anonyme sur lesquelles le cédant serait tenu de verser les sommes encore dues, en cas d'appel de fonds de la Société, emporterait de la part

(1) Tribunal de commerce de la Seine. Journal des banquiers 86. 1. 385.

(2) La loi. 23 octobre 1882.

(3) S. 85. 1. 27.

du cessionnaire, l'obligation de rembourser les dites sommes au cédant, attendu qu'il s'agissait dans la cause d'actions au porteur négociées après qu'une délibération de l'assemblée générale des actionnaires avait autorisé la négociation des actions sous cette forme ; attendu que la forme au porteur est par elle-même exclusive de l'engagement allégué par le pourvoi ; qu'il est en effet de l'essence du titre au porteur de n'établir aucun lien entre les porteurs successifs, que la transmission qui en est faite a simplement pour effet de rendre le nouveau porteur membre de la Société anonyme et de l'obliger envers elle, les droits que lui confère sa qualité d'associé, étant inséparables des obligations qu'elle impose ; mais que, du moment où, par une cession nouvelle il a lui-même transporté à autrui cette qualité d'associé, il ne saurait pas plus être recherché par le cédant que par la Société elle-même, à raison d'obligations qui ont pris fin avec la détention des titres, qu'il s'ensuit que le cédant dans le cas ci-dessus prévu où il est obligé de libérer les actions par lui cédées, n'a de recours que contre leur détenteur actuel sur qui porte en droit la charge définitive du paiement ; attendu, en outre, que ce recours du cédant contre le détenteur des titres ne tire point son origine du contrat de cession, mais uniquement de ce fait qu'ayant payé à la Société la dette du détenteur, le cédant se trouve subrogé par cela même aux droits et actions de la Société contre lui ; d'où la conséquence que n'ayant pas plus de droit que la Société elle-même et n'en puisant aucun dans la nature de l'opération qu'il avait faite à la Bourse de Lyon par l'intermédiaire de Thouverey, l'Omnium marseillais était, dans l'espèce, sans action contre cet agent de change pour le contraindre à révéler le nom du cessionnaire des actions, objet du procès. »

La négociation des titres nominatifs est-elle une opération

qui par sa nature exige la violation du secret professionnel ? On a soutenu l'affirmative en disant que l'agent de change obligé d'effectuer le transport du titre doit par cela même faire connaître les noms du cédant et du cessionnaire. On a invoqué dans ce sens un arrêt de Douai du 26 novembre 1884 (1) et un arrêt de Cassation du 31 janvier 1887 (2). Ces décisions ne nous semblent pas péremptoires, car elles se bornent à affirmer l'obligation à la charge de l'agent de change de procéder au transfert du titre. Ce transfert n'entraîne pas forcément la violation du secret professionnel. En pareille matière, en effet, on a souvent recours à une opération, dite transfert d'ordre, instituée par décision de la Chambre Syndicale de Paris, le 28 avril 1828. L'agent de change vendeur opère un premier transfert au nom de l'agent de change acheteur qui fait ensuite le transfert au nom de son client. La déclaration simultanée des deux parties est ainsi évitée. « Cette déclaration serait contraire au secret qui est imposé aux agents de change sur les opérations dont ils sont chargés (3). »

Révélations faites à la justice. — Après avoir donné pour base au secret professionnel des agents de change un simple intérêt particulier, nous avons repoussé en ce qui le concerne l'application de l'article 378. Leur secret ne saurait donc être rendu opposable à la justice. Les textes sont d'ailleurs décisifs en ce sens. L'article 11 de l'arrêté du 27 prairial an X, qui ordonne aux agents de change de tenir des registres, porte qu'ils seront tenus de les communiquer aux juges et arbitres lorsque cela est nécessaire. L'article 84 du Code de Commerce réglemente la tenue des livres : Les agents de change et courtiers sont tenus d'avoir un livre revêtu de formes prescrites

(1) Pandectes 87. 1. 58.

(2) Pandectes 87. 1. 58.

(3) M. BUCHÈRE. Opérations de la Bourse n° 127.

par l'article 11. Ils sont tenus de consigner dans ce livre, jour par jour et par ordre de date, sans ratures, interlignes ni transposition et sans abréviations ni chiffres, toutes les conditions des ventes, achats, assurances, négociations et, en général, de toutes les opérations faites par leur ministère.

La jurisprudence (1) a consacré à diverses reprises ce système auquel la Compagnie des agents de change de Paris s'est ralliée dans son règlement du 11 avril 1878. « Les agents de change doivent garder un secret inviolable aux personnes qui les chargent de négociations, à moins que les parties ne consentent à être nommées ou que la nature de l'opération ne l'exigé, sans préjudice du droit d'examen et d'investigations complètes qui appartient à la Chambre syndicale. Il n'est dérogé à cette règle que pour les renseignements demandés par la justice ».

Agents des Postes.

La loi des 26-29 août 1790, dans son article deux a créé une première garantie du secret des correspondances en imposant aux agents des postes le serment de garder scrupuleusement ce secret. L'article 187 du Code Pénal, modifié par la loi du 28 avril 1832, punit les délits de suppression et d'ouverture de correspondances. « Toute suppression, toute ouverture de lettres confiées à la poste, commise ou facilitée par un fonctionnaire ou un agent du Gouvernement ou de l'administration des postes sera punie d'une amende de

(1) Cass. 19 Août 1823. S. 24.1.54.

Bordeaux, 6 janvier 1875. D. 75.5. 15.

Orléans, 1^{er} mars 1884. Gazette du Palais, 84.1.613.

Paris, 10 juillet 1885, D. 86.2.190.

« seize à cinq cents francs et d'un emprisonnement de trois
« mois à cinq ans. Le coupable sera de plus interdit de toute
« fonction ou emploi public pendant cinq ans au moins et dix
« ans au plus. »

Pour qu'il y ait lieu à l'application de cet article, il est nécessaire qu'une ouverture ou une suppression de lettres ait été commise. Mais les intérêts du public réclame une autre protection, car ces intérêts peuvent se trouver lésés par des faits qui ne rentrent pas dans les prévisions de l'article 187. Si on se bornait à cet article, un agent des postes pourrait, sans encourir aucune peine, révéler des secrets dont il lui a été fait le dépôt, sinon confidence. Il importe que cet agent ne révèle rien de ce que ses fonctions ont pu lui apprendre relativement aux correspondances qui lui ont été remises. Il devra s'abstenir soigneusement de faire connaître le nom de l'expéditeur et celui du destinataire d'une lettre, le jour où celle-ci a été remise à la poste ; de même le secret s'étendra au chargement d'un pli ou à son envoi poste restante. De telles révélations ne sont pas prévues par l'article 187 ; cependant il est nécessaire que le secret soit gardé et cette nécessité suffit à motiver l'application de l'article 378.

Une poursuite de ce chef sera possible, en même temps qu'une poursuite basée sur l'article 187, si par exemple un employé a fait connaître le contenu d'une lettre qu'il a dé-cachetée. Le délit de révélation de secrets existerait seul, si aucune suppression ou ouverture n'avait eu lieu.

La Cour de Cassation, par arrêt du 29 novembre 1874 (1), a consacré cette distinction. Il s'agissait, en l'espèce, d'une receveuse des postes qui avait donné lecture à haute voix dans son bureau du contenu d'une carte postale. Aucune

(1) D. 75. 4. 234.

ouverture de correspondance n'ayant eu lieu, la Cour repoussa l'article 187 et appliqua l'article 378. » Attendu que les cartes postales, d'après la loi du 20 décembre 1872 qui a autorisé l'usage de ce mode de correspondance, doivent circuler à découvert et qu'elles ne peuvent, en aucun cas, être placées sous scellé ou sous enveloppe, que dans ces conditions elles ne sauraient rentrer dans la disposition de l'article 187 du Code Pénal qui punit toute ouverture de lettres confiées à la poste, commise ou facilitée par un fonctionnaire ou agent du Gouvernement ou de l'Administration des postes ; rejette ce moyen. Sur le deuxième moyen tiré de la violation de l'article 378 du Code Pénal : Vu cet article, attendu que lorsqu'une carte postale est remise à la poste elle devient pour l'agent de l'administration une chose secrète, confiée à sa discrétion et dont il ne peut révéler le contenu ; attendu que la révélation des secrets professionnels, réprimée par l'article 378 du Code Pénal, n'en suppose pas la divulgation, qu'elle peut exister légalement lors même que connaissance en est donnée à une personne unique (1). »

Si nous approuvons pleinement cette théorie, nous cessons d'être d'accord avec la jurisprudence quand elle décide que les agents des postes, appelés comme témoins, sont tenus comme toutes autres personnes de révéler à la justice les faits dont ils ont pu avoir connaissance, même dans l'exercice de leurs fonctions (2).

Nous avons vu qu'en ce qui concernait tous les autres confidents nécessaires, les Tribunaux tiraient deux conséquences de l'article 378. Ils appliquaient la peine aux confidents in-

(1) Conf. Rouen, 12 février 1875 D. 76.5.341.

(2) C. 14 mars 1884. S. 85.1.279.

discrets et décidaient, par contre, que ceux-ci n'étaient pas tenus de fournir leur témoignage à la justice. Vis-à-vis des agents de la poste, la Cour de Cassation s'est refusée à admettre la dispense de témoigner en justice. « Attendu que les agents de l'administration des postes ne rentrent pas dans la catégorie des personnes qui, en vertu de l'article 378 du Code Pénal, peuvent n'être pas tenues de fournir leur témoignage à la justice ; que si, aux termes du décret des 26-29 août 1790, ils prêtent serment de garder et d'observer fidèlement la loi due aux secrets des lettres, ce serment, dont l'utilité est incontestable, ne saurait les dispenser d'accomplir le devoir imposé à tout citoyen par l'article 80 du Code d'instruction criminelle. (1) »

Cette décision qui se contente d'affirmer, sans invoquer aucun argument, est bien difficilement conciliable avec l'ensemble de la jurisprudence et en particulier avec l'arrêt du 21 novembre 1874. L'article 378 pose une règle uniforme pour toutes les personnes tenues au secret professionnel. Il faut l'appliquer dans son entier et ne pas essayer d'établir de distinction sans aucune base juridique. Dès l'instant où les agents des postes sont passible des peines de la loi, il s'en suit forcément qu'ils sont dispensés de témoigner en justice. Toute autre interprétation nous paraît arbitraire.

Aides et auxiliaires des personnes soumises à la prohibition de l'article 378.

Sous peine de devenir une garantie illusoire, le secret imposé aux confidents nécessaires doit être étendu aux personnes qui

(1) C. 14 mars 84. S. 85. 1. 279.

les assistent dans l'exercice de leur profession. La solution contraire a été cependant adoptée par la Cour de Cassation, par arrêt en date du 8 décembre 1864 (1), qui a décidé, « que les dispositions restrictives de l'article 378 du Code Pénal ne sauraient être étendues à ceux qui, sous la direction d'un médecin, sont appelés accidentellement à soigner un malade et que ces personnes ne pourraient refuser à la justice les révélations qu'elle leur demande dans l'intérêt de la société ». Cette jurisprudence nous semble de tous points regrettables ; elle ouvre la porte aux révélations indiscrètes et réduit à néant la garantie du secret. On ne conçoit pas comment l'interne ou l'aide d'un médecin, le secrétaire d'un avocat, le clerc d'un avoué ou d'un notaire, pourront impunément dévoiler les secrets confiés à ceux qui les emploient, alors qu'on exige de ceux-ci un silence complet et absolu. Une disposition pénale serait d'autant plus nécessaire que les aides, moins pénétrés que leurs maîtres de leurs devoirs professionnels, se laisseront plus facilement entraîner à des révélations coupables ou indiscrètes.

La jurisprudence a d'ailleurs compris la force de ces raisons et la Cour de Cassation vient de décider que l'article 378 punissait les révélations faites par les greffiers (2). Or, les greffiers ne reçoivent par eux-mêmes aucune confiance ; ce n'est qu'en leur qualité d'auxiliaires des magistrats que l'article 378 peut leur être appliquée. Les circonstances de l'affaire qui a été soumise à la Cour de Cassation montrent bien d'ailleurs la nécessité d'une pareille extension. Il s'agissait, en la cause, d'un commis greffier attaché à un cabinet d'instruction qui, à prix d'argent, tenait un prévenu au courant des phases de la procédure suivie contre lui.

(1) D. 67, 5. 431.

(2) Cass. 9 juillet 1886. Gazette des Tribunaux 10 juillet.

Sans doute un greffier occupe une situation légale, son ministère est obligatoire et il n'en est généralement pas de même pour les auxiliaires des dépositaires de secrets autres que les magistrats. Mais la situation de fait est analogue, et serait suffisante pour justifier l'obligation du secret.

De quelques personnes tenues ou non au secret professionnel

Nous n'avons pas, au cours de cette étude, dressé la liste complète de toutes les personnes tenues par la loi au secret professionnel. Nous n'avons examiné que celles, qui, par leur importance, devaient être mentionnées ou dont la situation appelait des observations spéciales. Mais il en est un grand nombre d'autres dont la profession entraîne l'obligation du silence. Il nous suffira de citer les commissionnaires en marchandises (1), les huissiers (2), les courtiers, les employés ou agents des monts de piété.

Par contre, il est d'autres personnes à qui l'article 378 ne saurait être étendu. Les journalistes ont, par exemple, souvent invoqué l'article 378, non pas, il est vrai, pour demander que ses pénalités leur fussent applicables ; mais pour refuser d'apporter leur témoignage à la justice. Si large que soit la portée qu'on prétende donner à la loi, nous ne pensons pas qu'on puisse jamais y faire rentrer les journalistes. La raison

(1) C. 7 décembre 1858. 30 mars 1859. Poitiers 24 mai 1859.

(2) Tribunal de Compiègne 18 décembre 1851. M^r Denisard ayant servi d'intermédiaire à un de ses confrères, lors de la cession de l'étude de celui-ci, fut assigné pour déposer sur l'existence d'une contre lettre qui serait intervenue entre le cédant et le cessionnaire. Il se retrancha derrière l'article 378 et ses prétentions furent admises par le Tribunal.

en a été spirituellement donnée par M. l'Avocat-Général Bernard devant la Cour d'assises de la Seine (1). « Lorsqu'on « parle de journal et de journalisme, on parle de ce qui est le « plus exclusif du secret professionnel ou autre. » La Cour se rangea à cette opinion, sanctionnée de nouveau par un jugement du Tribunal de Lille, du 5 août 1893, condamnant un rédacteur du journal "L'avenir de Roubaix" à cent francs d'amende pour refus de déposer dans une affaire correctionnelle concernant deux grévistes.

Nous ne rangerons pas non plus parmi les personnes tenues au secret professionnel les agents d'affaires, malgré l'opinion contraire émise par M. Muteau. (2) Leurs fonctions ne sont pas de celles qui doivent mériter la confiance du public. Le client qui s'adressera à eux aura pour garantie, à côté de la moralité parfois douteuse des agents d'affaires, une action civile et la ressource d'une poursuite en diffamation, si les conditions de ce délit se trouvent réunies.

(1) Cour d'assises Seine 22 janvier 1885. Le droit 23 janvier.

(2) MUTEAU op. cit. p. 482.

APPENDICE

Législations étrangères

Allemagne. — L'article 300 du Code Pénal allemand se sépare à de très nombreux points de vue du système français et notamment fait du secret professionnel une simple mesure protectrice de l'intérêt particulier, en exigeant, pour la validité de la poursuite, une plainte de l'auteur de la confidence et en donnant à ce dernier le droit de relever le confident de son secret.

Art. 300. Seront punis d'une amende jusqu'à 1500 marcs et d'un emprisonnement jusqu'à trois mois les avoués, avocats, défenseurs, médecins, chirurgiens, sages-femmes, pharmaciens, ainsi que les aides de ces personnes qui auront, sans autorisation révélé des secrets qui leur avaient été confiés à raison de leurs fonctions, profession ou métier. La poursuite n'aura lieu que sur demande.

Belgique. art. 458. — Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires par état ou par profession des secrets qu'on leur confie qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés seront punis d'un emprisonnement de 8 jours à 6 mois et d'une amende de 100 à 500 fr.

Le Code belge sanctionne la théorie adoptée par la Juris-

prudence française pour les dépositions en justice des confidents nécessaires. Il les oblige de plus, dans certains cas, à faire connaître leur secret. D'après Nypels, (1) cette restriction ne vise que la déclaration de naissance à faire par ceux qui ont assisté à un accouchement. Le système en vigueur serait le système français qui n'exige pas la dénonciation.

Etats Unis. — L'attorney doit garder les secrets qui lui ont été confiés en raison de sa qualité, mais il a le droit de les divulguer quand il est appelé comme témoin. (Bouvier-Law-Dictionary V^{is}. client et confidential communication).

Dans la législation américaine, l'autorité judiciaire peut donc relever le confident de l'obligation du secret.

Hongrie. — Les articles 328 et 329 du Code Pénal hongrois des crimes et des délits du 28 mai 1878 contiennent avec notre code de très notables différences que la simple lecture de ces articles met suffisamment en lumière.

Art. 328. Tout fonctionnaire public, avocat, médecin, chirurgien, ou sage-femme qui, sans motif grave, révèle à autrui un secret de nature à nuire à la réputation d'une famille ou d'une personne, parvenu à sa connaissance ou à lui confié à raison de ses fonctions, de son état ou de sa profession commet un délit et sera puni au maximum, sur la plainte de la partie lésée, de 3 mois de prison et de mille florins d'amende. Cette disposition est applicable aux aides des personnes désignées ci-dessus.

Art. 329. — Les dispositions de l'article précédent ne s'appliquent pas au cas où les personnes qui y sont soumises donnent avis à l'autorité, conformément à leur devoir, d'un

(1) Code pénal belge interprété.

secret, parvenu à leur connaissance ou à elles confié ou lorsque, interrogées par l'autorité ou entendues comme témoin, elles lui révèlent ce secret.

Italie. — Les art. 163 et 164 punissent le délit de révélation de secrets.

Art. 163. — Quiconque, ayant connaissance, à raison de son état ou de sa fonction ou de sa profession ou de son métier, d'un secret qui, dévoilé, peut causer du dommage, le révèle sans une juste cause, est puni de la détention d'un mois au plus ou d'une amende de cinquante à mille livres ; et cette amende ne peut être inférieure à mille livres si le dommage est advenu.

Art. 164. — A raison des délits établis par les articles 159, 160, 161 (1) et 163, lorsque le fait n'a pas causé un dommage public la poursuite n'est exercée que sur la plainte de la partie.

Les art. 102 et 103 du même Code apportent une restriction au secret professionnel en exigeant des médecins la déclaration à l'autorité compétente des cas d'empoisonnement, blessures et autres offenses corporelles pour lesquels ils auront prêté le secours de leur art.

Pays-Bas. — Code Pénal du 3 mars 1831 art. 272. Celui qui révèle avec intention un secret qu'il était tenu de garder à raison des fonctions ou de la profession qu'il exerce actuellement ou qu'il a exercées est puni d'un emprisonnement de 6 mois au plus et d'une amende de 600 florins au plus. Si ce délit a été commis au préjudice d'une personne déterminée, il n'est poursuivi que sur la plainte de celle-ci.

(1) Ces articles sont relatifs au secret de nos correspondances.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

1° La *capitis deminutio* n'entraîne pas dans tous les cas une déchéance.

2° Le simple pacte engendre une obligation naturelle.

3° Dans la théorie de la tradition comme dans celle de l'usucapion, on doit appeler *justa causa* le fait juridique antérieur à la tradition matérielle de la chose et qui révèle chez le tradens l'intention de transférer la propriété.

4° Le créancier conditionnel qui, *pendente conditione*, a intenté son action peut la reproduire après la réalisation de la condition.

DROIT CIVIL

1° Dans les conventions par correspondance, le contrat n'est définitivement formé qu'à partir du moment où la lettre contenant acceptation est parvenue à celle des parties qui a fait l'offre. Jusque là cette partie peut rétracter ses propositions.

2° Une demande en justice ne portant que sur le capital est suffisante pour faire courir les intérêts moratoires.

3° Dans le régime sans communauté le droit de jouissance du mari ne s'étend pas aux produits du travail et de l'industrie de la femme. — Ces produits ne peuvent être considérés comme des fruits.

4° L'article 1595 § 2 apporte une exception au principe de la prohibition de la vente entre époux en autorisant le mari,

débiteur de la femme, à céder à celle-ci pour la remplir de sa créance un de ses biens propres ou un bien de communauté. Pour que cette opération soit possible, il n'est pas nécessaire que la créance de la femme soit exigible.

DROIT CRIMINEL.

1^o La détention subie par un condamné entre le jugement du Tribunal correctionnel et l'arrêt de la Cour d'appel qui confirme purement et simplement la première décision doit être imputée sur la peine prononcée.

2^o Le jour de l'infraction doit être compté dans le délai de la prescription de l'action publique.

DROIT INTERNATIONAL.

Un jugement étranger n'a pas en France l'autorité de la chose jugée et peut être révisé par le Tribunal français, appelé à lui donner l'exequatur.

DROIT CONSTITUTIONNEL.

Dans un Etat Démocratique il est nécessaire d'avoir deux Chambres.

Nancy 4 janvier 1894,

Vu le Président de la thèse,

V. LOMBARD.

Vu : le Doyen

E. LEDERLIN

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur

A. GASQUET

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	7
-------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

CONDITIONS GÉNÉRALES DU SECRET PROFESSIONNEL.....	15
CHAPITRE I ^{er} . — Des faits secrets.	15
CHAPITRE II. — De la révélation et de l'intention de nuire...	33
Révélation autorisée par l'auteur de la confidence ou faite après sa mort.....	42
Révélation faite en vue d'un mariage	51
Révélation faite aux supérieurs légitimes ou légaux de l'au- teur de la confidence ..	56
Révélation faite en cas d'erreur judiciaire.....	58
Révélation faite dans une demande en paiement d'honoraires	64

SECONDE PARTIE

DU SECRET PROFESSIONNEL INVOQUÉ EN JUSTICE.....	65
1 ^o Dénonciation... ..	66
(a) Des articles 103 et suivants du Code Pénal.....	70
(b) Des articles 29 et 30 du Code d'Instruction Criminelle.	71
2 ^o Témoignage	74
(a) Comparution.....	75
(b) Serment.....	76
(c) Déposition	78
3 ^o Perquisition	90
4 ^o Expertise	101

TROISIÈME PARTIE

DES PERSONNES SOUMISES A L'OBLIGATION DU SECRET.....	109
CHAPITRE Ier. — Des professions désignées par l'article 378..	110
Du secret médical en général.....	110
Médecins militaires.....	112
Déclarations de naissance.....	117
Surveillance des maisons de santé.....	125
Statistique médicale.....	130
Bulletins de santé. — Publication d'observations.....	132
Assurances sur la vie.....	133
Maladies contagieuses.....	137
Maladies épidémiques.....	141
Pharmaciens.....	148
CHAPITRE II. — Des professions auxquelles s'applique l'article	
378 et qui ne sont pas désignées expressément par ce texte...	150
Avocats.....	150
Avoués et agréés.....	154
Notaires.....	156
Magistrats.....	161
Ministres du culte.....	164
Agents de change.....	172
Agents des postes.....	179
Aides et Auxiliaires des confidents nécessaires.....	182
De quelques personnes tenues ou non au secret professionnel.	184
Législation Etrangère.....	186

